Die

Besitzinterdicte unter Mitbesitzern.

Inauguraldissertation

der hohen juristischen Facultät der Universität Basel

vorgelegt

von

Carl Miescher,
Dr. iur. in Basel.

Heidelberg,
Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr.
1876.

Die

Besitzinterdicte unter Mitbesitzern.

Inauguraldissertation

der hohen juristischen Facultät der Universität Basel

vorgelegt

von

Karl Miescher,
Dr. iur. in Basel.

Heidelberg.
Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr.
1876.

Separatabdruck aus dem Archiv für die civilistische Praxis Bd. 59.
N. F. Bd 9. Heft 2. S. 149 ff.

Herrn

Professor Dr. Friedrich von Wyß, Sohn

in Basel

in Hochachtung und Dankbarkeit

gewiedmet.

Die Frage, welche den Gegenstand der folgenden Arbeit bildet, hat von der Theorie nur wenig Berücksichtigung gefunden, so sehr sich dieselbe sonst mit dem Besitz beschäftigt hat. Meist begnügt man sich die Anwendung der Interdicte unter Mitbesitzern für selbstverständlich zu erklären und damit die Sache als erledigt zu betrachten. Ueber die Art und Weise, wie man sich denn diese Anwendung zu denken habe, darüber geben sich nur Wenige Rechenschaft. Es mag sich dies hauptsächlich daraus erklären, daß die Frage im ganzen wenig praktisches Interesse hat. Mitbesitzer sind ja regelmäßig zugleich Miteigenthümer, oder sie haben ihr gegenseitiges Verhältniß durch besondern Vertrag geregelt. Dann steht ihnen die actio com. dividundo oder die actio pro socio als Schutz gegen Uebergriffe eines socius zur Seite und in vielen Fällen wird ihre Durchführung ebenso leicht sein, als die des Interdicts. Ferner ist nicht zu vergessen, daß auch das int. quod vi aut clam anwendbar ist da, wo ein rechtlich begründetes Interesse daran besteht, daß ein anderer auf einem Grundstück eine Handlung nicht vornehme. Dennoch ist, wie in Abschnitt II wird nachgewiesen werden, das Bedürfniß nach dem Interdictenschutz vorhanden; aber es ist doch geringer, als beim Alleinbesitz. Dies macht es begreiflich, warum in den Quellen von Besitzstreitigkeiten unter Mitbesitzern so wenig die Rede ist. Die römische Rechtsprechung kam selten in die Lage solche Fälle zur Entscheidung zu bringen, und die römische Jurisprudenz, die

ja ihre Erörterungen regelmäßig an wirklich vorgekommenes zu knüpfen pflegte, hatte daher auch weniger Anlaß auf unsere Frage einzugehen.

Diese geringe Ergiebigkeit der Quellen erklärt, wie man dazu gelangen konnte die Statthaftigkeit der interdicta possessoria unter Mitbesitzern, ja die Möglichkeit des Mitbesitzes als realen Verhältnisses überhaupt, zu bestreiten und denselben in das Gebiet der Rechtsverhältnisse zu verweisen. Umsomehr dürfte es von Interesse sein die Quellen mit Rücksicht auf diesen Punkt einer nochmaligen Prüfung zu unterwerfen.

Dabei werde ich folgende Eintheilung befolgen:

I. Was ist Mitbesitz, und wie gestaltet sich in der Wirklichkeit das Verhältniß der Mitbesitzer zur Sache und zu einander?

II. Sind die possessorischen Interdicte auch gegenüber dem Mitbesitzer Bedürfniß, resp. in welcher Weise verwendet sie das Recht?

III. Die Anwendung des interdictum uti possidetis insbesondere.

IV. Die Anwendung der Interdicte beim Quasimitbesitz.

V. Ist certa pars für das Dasein des Mitbesitzes nothwendig, oder genügt incerta pars?

Dem ersten Abschnitt geht voraus eine Besprechung der Literatur.

Literatur.

Wie bereits oben erwähnt, wird die Statthaftigkeit der Interdicte unter Mitbesitzern meist als selbstverständlich betrachtet, und die verschiedenen Bearbeitungen, welche der Besitz gefunden hat, lassen sich daher auf die Frage ihrer Anwendbarkeit im einzelnen nur wenig oder gar nicht ein. Damit steht in Zusammenhang, daß auch das Verhältniß der Mitbesitzer zur besessenen Sache, sowie der Einfluß der Gemeinschaftlichkeit auf ihre Macht über die Sache, sich keineswegs vielseitiger Berücksichtigung zu erfreuen hat. Ich kann mich daher auf folgende Angaben beschränken:

Savigny, Besitz. I. Abschnitt. §. 11. 7. Aufl. S. 170: „Besitzen mehrere eine Sache gemeinschaftlich (compossessio bei den neuern Juristen), so daß ihr Besitz sich wechselseitig beschränkt, so ist nur scheinbar dieselbe Sache der Gegenstand ihres Besitzes; denn jeder besitzt einen Theil der Sache allein, die übrigen Theile gar nicht, und daß diese Theile nicht reell, sondern ideell von einander abgesondert sind, macht, juristisch betrachtet, keinen Unterschied. Jeder besitzt also eine Sache für sich, und sie stehen zu einander ungefähr in dem Verhältniß, wie die Besitzer zweier benachbarten Häuser. Darum kommt auch weder das Wort compossessio, noch der Begriff bei den römischen Juristen vor, und sie bestimmen blos, inwiefern Jeder für sich einen ideellen Theil einer Sache besitzen kann, da sich dann die Möglichkeit eines andern Besitzers der übrigen Theile von selbst ergiebt, das Verhältniß zu diesem Mitbesitzer aber gar nichts eignes hat."

IV. Abschn. §. 37 in f. S. 406 erörtert Savigny nur die Frage, wer beweisen müsse, wenn der Kläger Alleinbesitz, der Beklagte Mitbesitz behaupte, und entscheidet sich dafür, daß die Beweislast auf Seiten des Klägers liege, weil darin, daß Beklagter dem Kläger theilweisen Besitz einräume, nur eine partiell negative Litiscontestation enthalten sei. Als Unterstützung führt er noch an, daß „außerdem bei entschiedenem Mitbesitz jeder Theil unredlicher Weise klagen und dann seinem Gegner, dem Beklagten, den Beweis aufbürden könnte."

V. Abschn. §. 45 S. 477 wird dann noch, gestützt auf l. 4 D. uti poss. 43. 17, die Zulässigkeit des Interdictum uti poss. und analog des int. utrubi inter usufructuarios pro indivisis partibus behauptet.

Dies ist alles, was in dem Buche von Savigny über den Mitbesitz gesagt ist. Seine Anschauungsweise ist sehr bequem und scheinbar vollständig klar. Daß ideelle Theile in der Vorstellung ganz so aussehen, wie reelle, daß dort, wie hier, jeder seinen Theil ausschließlich beherrscht, leuchtet im ersten Augenblick ein, und wenn man sich damit begnügt, ist man jeder weitern Rücksicht auf die Natur des Mitbesitzes und das Verhältniß unter Mitbesitzern überhoben. —

Allerdings, sofern nur der Theil als solcher in Betracht kommt, wie bei Usucapion und Tradition [1]), muß jeder Theilhaber als Besitzer eines selbständigen Objectes gelten, und es wird hier keinen Unterschied ausmachen, ob der Theil reell oder ideell sei. Sollte ein Nachweis des Mitbesitzes z. B. an einem Grundstück erbracht werden, so wird es in den meisten Fällen genügen, wenn man Belege dafür vorweist, daß man mit Andern zusammen das Grundstück gemeinschaftlich animo domini bebaut und genutzt habe, daß Jeder den Besitz daran sich zu einem bestimmten Theil zuschreibt, und daß diese Theile, zusammengezählt, gerade ein Ganzes ausmachen.

Soweit kommt man mit der Savigny'schen Theorie aus Aber den Mitbesitzern wäre wenig damit gedient, wenn sie weiter nichts hätten, als die Befugniß ihren Theil zu veräußern und die Hoffnung allfällige Mängel des Erwerbs durch die Usucapion gedeckt zu sehen. Was sie vor Allem wünschen, ist Theil an der Herrschaft über die Sache, Mitnutzung der Sache; und zu diesem Behuf wollen sie auf die Sache einwirken. Da aber nur die Herrschaft, nicht die Sache getheilt ist, so muß jene wechselseitige Beschränkung eintreten, von der Savigny zwar spricht, die er aber einer nähern Berücksichtigung nicht für werth hält.

Und da zeigt es sich denn, daß bei partes pro indiviso das Verhältniß nicht nur nicht dasselbe, sondern vielmehr gerade das entgegengesetzte ist, wie bei partes pro diviso. Bei

1) Büff, Archiv für practische Rechtswissenschaft N. F. Bd. III S. 115 vermag mich nicht davon zu überzeugen, daß Tradition einer pars pro indiviso nicht möglich sei. Er führt zu seiner Unterstützung an die l. 72 pr. D. de V. O. 45. 1. Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae etc. Idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi, vel fossam fodiri u. s. w. Aber die Stelle spricht offenbar nur von Traditionshandlung. Es ist doch etwas anderes, ob ich sage: man kann die Tradition eines fundus nicht theilen, oder aber: man kann einen ideellen Theil eines fundus nicht tradieren. Allerdings wird sich eine solche Tradition räumlich auf den ganzen fundus beziehen, wie sich ja auch der Mitbesitz räumlich über den ganzen fundus erstreckt. Dies hindert gar nicht, daß sich die Absicht des Handelnden (und auf diese kommt es vorzugsweise an) nur auf den ideellen Theil richte.

diesen sind die Theile wirklich und das Ganze gedacht, bei jenen das Ganze wirklich und die Theile nur in der Vorstellung vorhanden, — wie es denn auch von den Mitbesitzern in l. 5 D. 45. 3 heißt: ut intellectu magis partes habeant quam corpore.

Somit ist Jeder als selbständiger Inhaber eines Theils gedacht; aber in der Wirklichkeit stellt sich die Theilung dar als wechselseitige Beschränkung in der Herrschaft über die Sache. Demnach handelt es sich vor Allem darum, diese Schranken etwas näher zu bestimmen; denn sie bilden die Grenze zwischen dem, was als berechtigte Besitzausübung, und dem, was als Besitzstörung zu gelten hat; und erst wenn wir diese Grenze kennen, wissen wir, wann und wofür die Interdicte können angewendet werden. Mit der einfachen Versicherung aber, daß die Interdicte statthaft sind, ist uns wenig geholfen.

Etwas mehr als Savigny geht Randa auf unsere Frage ein. (Besitz nach österr. Recht §. 17 S. 165).

„Das Wesen des Mitbesitzes nach intellectuellen Theilen (composs. pro indiviso) besteht darin, daß der Besitz einer reell ungetheilten Sache mehrern Personen gemeinschaftlich in der Art zukömmt, daß die Antheile der Einzelnen blos ideell (gedacht), nicht in Wirklichkeit (corpore) ausgeschieden sind. Sowie beim condominium pro indiviso das Recht es ist, das eigentlich getheilt ist, so ist es beim Mitbesitz pro indiviso die factische Macht und der Herrschaftswille. Eben darum hat begriffsmäßig kein Mitbesitzer eine ausschließliche Gewalt über den kleinsten materiellen Theil der gemeinschaftlichen Sache, dagegen das freie Verfügungsrecht über den ihm gebührenden intellectuellen Besitzantheil. Hieraus ergibt sich nun, daß kein Mitbesitzer irgend welche Besitzhandlung vornehmen darf ohne ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung des andern Mitbesitzers, widrigenfalls kann dieser gegen ihn die Besitzklagen (wegen Störung des Besitzes) gebrauchen."

Das Princip ist hier dasselbe wie beim Miteigenthum, nämlich dies, daß bei der intellectuellen Theilung nur die Herrschaft, nicht die Sache getheilt ist, daher zur Verfügung

über den kleinsten körperlichen Theil die Uebereinstimmung aller Mitbesitzer erforderlich ist.

Diese Ansicht hat vor derjenigen Savigny's den Vorzug voraus, daß sie die Frage vollständig erledigt. Sie stellt ein klares Princip auf, das wir als solches anerkennen müssen. Es ist dasselbe Princip, das sich in l. 8 D. d. Serv. P. U. 8. 2 und namentlich in l. 28 D. c. div. 10. 3 niedergelegt findet.

L. 8 cit. Parietem, qui naturali ratione communis est, alterutri vicinorum demoliendi eum et reficiendi jus non est, quia non solus dominus est. (Gajus.)

L. 28 cit. pr. Sabinus ait in re communi neminem dominorum jure facere quicquam invito altero posse.

Die Macht ist getheilt; kein Theilhaber hat die Macht ganz, auch nicht über den kleinsten Theil der Sache. Keiner kann ohne den Willen der Andern etwas mit der Sache vornehmen, Jeder ist vielmehr bei jeder Handlung an die Zustimmung der Andern gebunden. Hier ist die Anwendung der Interdicte leicht zu bestimmen. Sie treten eben da ein, wo Einer ohne Zustimmung der Andern gehandelt hat.

Wir werden also über die Natur der Herrschaft bei Mitbesitz vollständig belehrt, wissen nun aber auch, daß diese Herrschaft ein höchst precäres Ding ist, abhängig von den Launen und der Willkür jedes Einzelnen, der gegen jede Verfügung der Andern, und wäre sie auch noch so zweckmäßig und noch so sehr im allseitigen Interesse getroffen, sein Veto einlegen kann. Man wende nicht ein, ein solcher Fall werde nicht vorkommen, weil er zum eigenen Nachtheil der Verbietenden führen würde; er kann vorkommen und das ist schon mehr als genug. Uebrigens braucht das Verbot gar nicht aus Chikane herzurühren. Denke man sich z. B. folgenden Fall: Zwei Häuser stehen nebeneinander; das eine ist eine Fabrik, das andre ein Privathaus. Der Inhaber des letztern hat sich schon lange geärgert über den Lärm, den die erstere verursacht. Nun erbt er diese mit mehrern andern Leuten zusammen und tritt auch zugleich mit seinen Miterben den Besitz an. Diesen Besitz benützt er nun sofort dazu den Andern den Betrieb der Fabrik

zu untersagen. Dieselbe hat aber bedeutende Verbindlichkeiten eingegangen und diese können in Folge des Verbots zum Schaden der sämmtlichen Mitbesitzer nicht erfüllt werden. Nach Randa's Ansicht bliebe den Miterben nichts übrig, als die Klage auf Theilung anzustellen; bis aber der Theilungsproceß beendet wäre, würde die Zeit zur Fabrikation der bestellten Waaren verstrichen sein. Schadensersatz dürfte nicht gefordert werden; denn wie der Mitbesitz, so verlangt ja auch das Miteigenthum Zustimmung aller Theilhaber zu jeder Handlung; verweigert Einer von ihnen diese Zustimmung, so ist er dafür Niemanden verantwortlich; denn qui suo jure utitur nemini injuriam facit. Demnach hätte es jeder Miteigenthümer oder Mitbesitzer in der Hand, die Interessen seiner Genossen auf das empfindlichste zu verletzen. Das aber ist doch gewiß kein Schutz des Miteigenthums oder Mitbesitzes.

Nach Randa's Ansicht müssen die Besitzinterdicte unter Mitbesitzern eine höchst zweischneidige Waffe sein, die sich sehr leicht gegen den kehren kann, den sie eigentlich schützen sollte, und die in der Hand eines Unzufriedenen geradezu zur Vernichtung des Besitzes führen kann. Man begreift, wie Büff[2]) von diesem Standpunkt aus dazu gelangen konnte, sie unter Mitbesitzern für unstatthaft zu erklären und die Mitbesitzer auf ihre allfälligen Klagen aus ihrem Recht zu verweisen.

Ein Versuch jenes Princip, welches Randa voranstellt, mit einer vernünftigen Beschränkung der Anwendbarkeit der Interdicte in Einklang zu bringen wird in der Entwicklung meiner eignen Ansicht gemacht werden.

Die erste Arbeit, welche speciell die Frage nach der Natur des Mitbesitzes und nach der Zulässigkeit der Interdicte unter Mitbesitzern zum Gegenstand nahm, war die von Büff: Arch. f. prakt. Rechtswissensch. N. F. III. S. 113 ff. unter dem Titel: „Haben Mitbesitzer unter einander possessorische Interdicte?"

Derselbe gelangt zu folgenden Resultaten:

„Mitbesitz zu idealen Theilen ist ein der causa possessionis oder der rechtlichen Qualification des Besitzes, nicht sei-

2) Arch. f. pract. R.-W. N. F. Bd. III. S. 121.

ner Bedeutung als thatsächlicher Herrschaft angehöriger Begriff (S. 118). Er ist anders als ex causa, anders wie als Ausübung eines concreten Miteigenthums und unabhängig gar nicht zu denken. Man ist deshalb berechtigt, jede Einmischung der solcher Gestalt dem Eigenthumsrecht oder der rechtlichen Herrschaft über eine Sache angehörigen Begriffe des Mitbesitzes, der immer nur Miteigenthum ist, in die Sphäre des Besitzes oder der thatsächlichen Herrschaft über eine Sache ganz zurückzuweisen. (S. 119.) — Der Grund, warum einem Mitbesitzer oder Miteigenthümer wider den andern kein Interdict zugestanden wurde, lag darin, daß der Verklagte an dem eignen Theil auch keine Besitzhandlung vornehmen kann, wenn er von dem des Klägers ganz bleiben müßte, während doch dem Kläger ein solches Ausschließungsrecht resp. eine solche ausschließliche Disposition über die Sache nicht zusteht. Der Grund paßt also da nicht, wo von zwei Miteigenthümern einem ausnahmsweise wirklich eine ausschließliche Disposition zusteht (S. 121)." — Diese Befugniß zur Alleindisposition findet Büff in l. 12 D. c. div. 10. 3. und l. 3 §. 9 D. uti poss. 43, 17, wo dem Miteigenthümer gegen seinen Genossen das int. uti poss. ausdrücklich gegeben sei. (S. 122 ff.)

„Im Verhältniß zur beherrschten Sache ist nichts verändert; es herrscht über dieselbe ein Wille, wenn auch ein vereinigter; das Miteigenthum ist der Sache gegenüber unerheblich. Dagegen treten die Miteigenthümer unter sich und persönlich in ein der Regelung bedürfendes Verhältniß, das der Societät oder Gemeinschaft. Nach außen treten sie sammt oder sonders als domini auf, resp. als Besitzer; unter sich nur als socii aus dem Gemeinschaftsrecht", das als jus in personam nach einer Verletzung in seiner Gestalt als Klage nicht in rem oder in rem und in personam sein kann (S. 127).

Was die Disposition über die gemeinsame Sache anbetrifft, „so hat in Ermanglung vertragsmäßiger oder gesetzlicher Ermächtigung jeder Genosse sich der einseitigen Disposition zu enthalten." Gegen eine solche helfen actio c. div. und int. q. vi aut clam. (S. 129.)

Diese Darstellung leidet an Unklarheit und innern Widersprüchen. Was soll das heißen: „Mitbesitz ist ein der causa d. h. der rechtlichen Qualification des Besitzes angehöriger Begriff?“ Ich kann das nur so verstehen: Es findet ein Alleinbesitz statt (denn Besitz muß vorhanden sein, sofern man sich das Miteigenthumsrecht als verwirklicht denkt, und ist es nicht Mitbesitz, so ist es Alleinbesitz); aber weil die causa, der Rechtsgrund, auf den sich der Besitz stützt, für mehrere Personen gemeinschaftlich wirkt resp. mehrern Personen gemeinschaftlich das Recht an der Sache überträgt, wird dieser Alleinbesitz als ein Mitbesitz Mehrerer vom Rechte fingirt. Eine solche Fiction ist aber doch nur für den rechtmäßigen Besitz zulässig; für den Besitz von Dieben und Räubern wird sich das Recht nicht anstrengen, und Büff sagt ja auch, dieser fingierte Mitbesitz lasse sich nur als Ausübung eines concreten Miteigenthums denken. Also praedones, welche gemeinschaftlich den Eigenthümer dejiciert haben und sich nun gemeinschaftlich der Frucht ihres Sieges erfreuen indem sie das Grundstück gemeinschaftlich sich zu Nutz machen, die haben den Mitbesitz nicht. Was haben sie denn? — Oder, wenn Büff die Fiction bei jeder causa will gelten lassen, so frage ich: Wie ist dieselbe bei der causa pro suo zu denken, die ja auch, wie z. B. bei Occupation einer res vacua, ganz berechtigt sein kann und in nichts Anderm besteht, als in einer factischen Besitzergreifung? Daß man um eines begründeten Rechts willen ein factum fingiert, läßt sich denken; daß man aber da, wo durch ein Factum und allein durch das Factum ein Recht erst begründet werden soll, wie bei der Occupation einer res nullius, daß man da dieses Factum fingiert, das ist doch undenkbar.

Wenn mir aber Büff entgegnet, dieser Fiction müsse doch ein thatsächliches Moment zu Grunde liegen, so antworte ich: dieses thatsächliche Moment ist nichts Anderes und kann nichts Andres sein, als die thatsächliche Herrschaft Mehrerer über dieselbe Sache d. h. der Mitbesitz selbst. Dann aber brauchen wir die Fiction nicht.

In der That denkt sich Büff ein thatsächliches Verhältniß. Er sagt ja: Das Verhältniß zur beherrschten Sache sei bei

Miteigenthum das gleiche wie beim Eigenthum. Es herrsche über dieselbe ein Wille, wenn auch ein vereinigter. Das Verhältniß, in welchem zu dem einen Willen von den Mehrern beigetragen werde, werde durch die partes pro indiviso bestimmt. „Sobald die verschiedenen Träger des herrschenden Willens, des Rechts (!), einig sind, ist die Ausübung des Eigenthums möglich, sobald sie auseinandergehen, herrscht kein Wille d. h. die Ausübung des Eigenthums ruht, ist sistiert." (S. 126.)

Wir haben hier also etwas thatsächliches, das sich als eine Ausübung des Miteigenthums darstellt. Jedermann nennt das Mitbesitz, warum nicht auch Büff?

Es scheint ihm hier der Gedanke vorgeschwebt zu haben, eine solche Willenseinigung, wie er sie verlangt, gehöre in die Sphäre des Rechts; ja er scheint den herrschenden Willen mit dem Recht selbst zu verwechseln. Wenigstens sagt er S. 126: „Das Miteigenthum, wenn es anders ein Recht und Eigenthum sein soll, kann nicht die Herrschaft zweier entgegengesetzter Willen sein; aber der eine herrschende Wille kann ein vereinigter zweier Personen sein." Und dann wieder: „Sobald die verschiedenen Träger des Willens, des Rechts einig sind, ist Ausübung des Miteigenthums möglich."

Diese Verwechslung macht es ihm unmöglich Recht und Factum auseinander zu halten. Einerseits vermag er das thatsächliche Verhältniß, wie es sich bei Mitbesitz gestaltet, nicht als solches zu erkennen und bestreitet deshalb die Existenz des Mitbesitzes. Andrerseits kann er sich doch nicht der Wahrnehmung entziehen, daß die Miteigenthümer, wenn sie ihr Recht ausüben, zur Sache in ein bestimmtes äußeres Herrschaftsverhältniß treten, darf aber nicht wagen, dasselbe geradezu mit dem Alleinbesitz zu identificieren, und so bleibt er darüber vollständig im Unklaren.

Diese Unklarheit tritt denn auch zu Tage, da wo er die Zulässigkeit der Interdicte in den Fällen von l. 3 §. 9 D. 43. 17 und l. 12 D. com. div. 10 3 zu erklären sucht. Er hilft sich wohl mit der Behauptung, daß hier dem Miteigenthümer Alleindisposition zustehe, giebt aber keinen Aufschluß darüber, worauf sich denn diese Alleindisposition stütze. Alleinbesitz darf

doch der Miteigenthümer in solchem Fall nicht behaupten, der Mitbesitz aber ist ihm durch Büff's Ansicht abgeschnitten; und so schwebt denn diese Befugniß zur Alleindisposition durchaus in der Luft, und wir bleiben über das Motiv derselben vollständig im Dunkeln.

Was aber der richtige Kern an der Büff'schen Ansicht ist, und was ihn auch offenbar zum Zweifel über die Existenz des Mitbesitzes verleitet hat, ist die Erwägung, daß bei Mitbesitz streng genommen jede Besitzhandlung eines Mitbesitzers eine Besitzstörung enthalten müßte. Der Genosse wäre demnach berechtigt gegen den Störer die Interdictsklage anzustellen und überhaupt jede Handlung des andern zu verhindern, und doch steht ihm weder die Befugniß noch die Macht zu, denselben von der Herrschaft über die Sache vollständig auszuschließen.

Es ist also dasselbe Princip, wie wir es bei Randa gesehen haben, und dieselbe durchaus logische Consequenz; nur daß Büff, zurückgeschreckt von der Härte und Unbilligkeit dieser Consequenz, das ganze Verhältniß glaubte negieren zu sollen.

Durch die Arbeit Büff's veranlaßt und hauptsächlich gegen dieselbe gerichtet ist nun eine Abhandlung von Hesse im IV. Bd. des Arch. f. pract. Rechtsw. N. F. S. 113: Beiträge zur Lehre von dem Miteigenthum und der communio.

Der wesentliche Inhalt, soweit er für unsere Frage in Betracht kommt, ist folgender.

Miteigenthum ist vorhanden, wenn dieselbe Sache im Vermögen zweier Personen steht. Dann gilt der Satz: intellectu magis partes habent quam corpore. Das Recht des Miteigenthümers umfaßt die ganze Sache; getheilt ist aber der Werth derselben in seinem doppelten Reflex als Tauschwerth und Gebrauchswerth. In Beziehung auf den letzteren gebührt dem socius der Nutzen von der ganzen Sache, aber nicht der ganze Nutzen, sondern nur pro parte. Dem entsprechend steht jedem die Herrschaft über die ganze Sache zu, aber nicht die ganze Herrschaft; es existiert über die ganze Sache nur Eine Herrschaft, aber getragen und geübt durch den Willen sämmtlicher Theilhaber.

Die Modification des Eigenthumsbegriffs ist von Einfluß auf den Mitbesitz. Derselbe ist zwar Besitz der ganzen Sache; aber der animus domini ist nicht darauf gerichtet, die Sache für sich allein zu haben, sondern er ist von dem Bewußtsein erfüllt, daß die Sache gleichzeitig Andern gehört, und daß die Einwirkung auf die Sache Ausfluß des gemeinsamen Willens sein muß.

So gewiß ein wahrer effectiver Besitz bei Miteigenthum möglich, so nothwendig ist derselbe auch, um die Ausübung und Nutzbarmachung des Eigenthums zu vermitteln. Die einzelnen Administrationsacte sind meistens auch Besitzacte, die eine Besitzübung nicht nur in fremdem, sondern auch in eignem Namen enthalten. Die Berechtigung zu einseitigen Acten gründet sich entweder auf besondere Vereinbarung (actio pro socio) oder auf einen aus der Bestimmung der Sache hervorgehenden selbständigen Gebrauch (§. 4. S. 122 ff.).

§. 5. Nach dem Gesagten ist nicht zu bezweifeln, daß das interdictum de vi anstellbar ist bei Dejection durch den Theilhaber; ebenso das int. uti poss. bei Besitzstörung. Das letztere int. ist auch nothwendig zur Vorbereitung der Vindication, wo der Eine Miteigenthum, der Andere Alleineigenthum anspricht und jeder den entsprechenden Besitz behauptet.

§. 7. S. 129. Aus dem Princip, daß jedem Miteigenthümer die Herrschaft über die ganze gemeinschaftliche Sache zusteht, aber nicht die ganze, ausschließliche Herrschaft, folgt von selber, daß jeder behufs der Bewirthschaftung, Benutzung und Erhaltung der Sache über dieselbe verfügen kann, dabei aber, strenggenommen, stets an die Zustimmung der andern Theilhaber gebunden ist. — Diese Consequenz durchzuführen, wäre unmöglich; daher eröffnen die römischen Juristen einen Ausweg, indem sie um die Miteigenthümer noch ein persönliches Band schlingen in der communio. Damit war die reale Grundlage des Verhältnisses (Miteigenthum und Mitbesitz) nicht aufgehoben, wohl aber der Anstoß gegeben, auch dies Verhältniß freier zu gestatten und zwar so:

Jeder socius kann über die gemeinschaftliche Sache communi nomine verfügen, aber nicht wider den Willen der Andern. Dieselben haben das Recht des Einspruchs. Wird dasselbe geübt, so bleibt Alles beim Alten.

Da aber der Einspruch möglicherweise völlig grundlos und ungerechtfertigt sein kann und dann eine Störung des durch den Einspruch behinderten socius vorliegen würde, so kann er mit dem int. uti poss., aber auch mit der act. c. div. auf gerichtliche Entscheidung der Differenz antragen. — Aus dem Recht des Einspruchs folgt die Pflicht vorheriger Anzeige an den Einspruchsberechtigten.

§. 8. S. 131 ff. Bei Sachen oder Sachtheilen, die vermöge ihrer Bestimmung geeignet sind jedem einen selbständigen Gebrauch zu gewähren, fällt das Einspruchsrecht des Miteigenthümers weg; das int. uti poss. und die act. c. div. dienen dann zum Schutz gegen Hemmung dieses Gebrauchs.

§. 14. S. 145 ff. Von allen die res communis betreffenden Verfügungen gilt im Allgemeinen der Satz, daß sie nur mit Zustimmung aller Betheiligten vorgenommen werden können. Es ist jedoch nachgelassen, daß der socius eine solche Verfügung treffe, aber unter der Voraussetzung, daß die andern darum wissen. Letztere Voraussetzung ist selbst da erforderlich, wo die Verfügung die Erhaltung oder Wiederherstellung der Sache zum Zweck hat. (§§. 9—13.) —

Diese Darstellung enthält das Vollständigste, was bisher über das Verhältniß der Mitbesitzer zur besessenen Sache und zu einander gesagt worden ist. Jenes Princip, das Randa voranstellt, erkennt auch Hesse mit Recht an, aber weit entfernt demselben den Rücken zu kehren, wie Büff, forscht er nach, ob nicht das römische Recht, das seine Consequenz nie ad absurdum treibt, eine Abschwächung desselben gestattet.

In der That findet er eine solche Abschwächung schon in der communio, dem persönlichen Band, welches die Römer um die Miteigenthümer schlingen. Dies habe den Anstoß gegeben, auch die reale Grundlage des Verhältnisses freier zu gestalten, und zwar so, daß einerseits jedes Handeln ohne Wissen oder gegen Einspruch der andern untersagt ist, anderer-

seits aber auch der grundlose Einspruch durch act. com. div. und int. uti poss. wirkungslos kann gemacht werden. Demnach wäre es die Rücksicht auf das Miteigenthum, auf das Recht, welche ein Abgehen von der strikten Consequenz auch bei Mitbesitz veranlaßt hat. Diese Anschauung paßt sehr gut zu der Ihering'schen Ansicht, daß der Besitz lediglich um des Eigenthums willen geschützt werde, und daß die Besitzklagen Schutzmittel des Eigenthumes seien. Diese Theorie hat zwar sehr viel Wahrscheinlichkeit für sich, ist aber noch nichts weniger als allgemein durchgedrungen, und war jedenfalls zur Zeit, wo Hesse seinen Aufsatz schrieb, noch unbekannt. Die meisten bisherigen Ansichten aber giengen von dem Grundsatz aus, daß das Motiv des Besitzesschutzes anderswo zu suchen sei, als im Eigenthum, daß überhaupt Besitz und Eigenthum nichts miteinander gemein haben (nihil commune habet proprietas cum possessione l. 12 §. 1 D. 41. 2). Somit ist die von Hesse behauptete Rückwirkung des Miteigenthums auf den Mitbesitz nicht hinreichend erklärt. Es wird deßhalb zweckmäßig sein zu untersuchen, ob nicht die Thatsache des Mitbesitzes selbst in sich das Motiv berge zu einer erträglichen Gestaltung des Besitzesschutzes bei Mitbesitz.

Ein anderer schwacher Punct von Hesse's Ausführung scheint mir folgender zu sein:

Er betont einerseits sehr stark, daß keine Besitzhandlung dürfe vorgenommen werden, ohne daß die andern Mitbesitzer davon Kenntniß erhalten, andrerseits giebt er zu, daß ein grundloser Einspruch durch Interdictsklage könne wirkungslos gemacht werden. Sollte der Mitbesitzer denn da, wo sich nur ein grundloser Einspruch erwarten läßt, nicht auch ohne Wissen des Andern vorgehen dürfen? Enthält die Handlung eine Besitzstörung, so wird gewiß der Einspruch dagegen nicht grundlos sein; enthält sie eine solche nicht, so ist nicht einzusehen, warum sie nicht sofort geschehen dürfe. Ob die andern darum wissen oder nicht, ändert doch an der Natur der Handlung nichts; und was man mit richterlicher Hilfe wider den Willen der Andern erzwingen kann, das wird man doch gewiß thun dürfen, ohne darum Andere erst anfragen zu müssen.

Ganz keinen Anhaltspunkt giebt Hesse darüber, wann denn ein solcher Einspruch für grundlos zu halten sei. Er sagt blos, daß ein Einspruch gegen beabsichtigte Wiederherstellung recht guten Grund haben könne: ob aber das Interesse des Einzelnen schlechthin maßgebend ist, oder ob die Interessen der Gemeinschaft vorzugsweise zu berücksichtigen sind, oder ob eine billige Ausgleichung der verschiedenen Interessen stattzufinden hat, darüber erhalten wir keinen Aufschluß. Und irgend eine Grundlage muß der Richter doch haben für seine Entscheidung, wenn er darüber urtheilen soll, ob ein erhobener Einspruch begründet sei oder nicht. In den meisten Fällen wird doch nicht nur Chikane, sondern ein wirkliches Interesse, sei es auch nur ein Affectionsinteresse, den Einspruch hervorgerufen haben.

So vermißt man einerseits bei Hesse in seiner sonst trefflichen Arbeit eine genügende theoretische Begründung der Selbständigkeit, die er dem Mitbesitzer gegenüber der Sache einräumt, andrerseits und wohl auch in Folge davon gelangt er nicht zu Resultaten, die völlig befriedigen könnten.

Damit schließe ich die Besprechung der Literatur. Meine Aufgabe ist mir nun vorgezeichnet. Es handelt sich darum, eine bessere Begründung zu finden für die beschränkte Selbstständigkeit der Mitbesitzer, wie sie die Natur der Sache erfordert, besser insofern, als sie sich auf den Mitbesitz schlechthin bezieht, abgesehen von seiner Stellung zum Eigenthum, und dann insofern, als sie sich fruchtbarer verwerthen läßt für eine billige und der Natur der Sache entsprechende Vertheilung des Besitzesschutzes. Eine solche Begründung wird natürlich an dem positiven Inhalt der Quellen ihre Probe zu bestehen haben.

Die nachstehende Untersuchung enthält den Versuch zur Lösung dieser Aufgabe.

I.

Was ist Mitbesitz und wie gestaltet sich in der Wirklichkeit das Verhältniß der Mitbesitzer zur Sache und zu einander?

Besitz ist dasjenige thatsächliche Verhältniß einer Person zu einer Sache, welche dem Eigenthumsrechte entspricht (vgl. Bruns,

Recht des Besitzes S. 486). Hat der Eigenthümer das Recht, über eine Sache ausschließlich zu seinen Zwecken zu verfügen, so hat der Besitzer die Macht dazu. Ob man nun dieses Verhältniß Ausübung des Eigenthums, wie Savigny (7. Aufl. S. 27 u. 205), oder Thatsächlichkeit des Eigenthums (Jhering, Jahrb. f. Dogm. IX. S. 196) oder thatsächliche Gewalt über die Sache verbunden mit dem Aneignungswillen (Windscheid, Pandektenrecht §. 149. 3. Aufl. S. 405) nennen will, ist für unsern Zweck gleichgiltig. Uns genügt es zu wissen, daß Besitz überall da vorhanden ist, wo Jemand zu einer Sache in einem solchen Verhältniß steht, wie es beim Eigenthümer der Fall zu sein pflegt, wenn er seine rechtmäßige Gewalt an der Sache wirklich ausübt. Wie diese rechtliche Gewalt des Eigenthümers eine ausschließliche ist, so ist es auch die factische des Besitzers. Natürlich ist sie nur ausschließlich als Gewalt über die Sache in der Gesammtheit ihrer Beziehungen, und es hindert dies durchaus nicht, daß jene in einer einzelnen oder selbst vielen einzelnen Beziehungen einem Andern unterworfen sei. (Vgl. Windscheid §. 149. 3. Aufl. S. 406.)

Ausschließlich also ist die Gewalt über die Sache. Es können nicht Mehrere über die Sache zugleich herrschen, oder wie Paulus sagt in l. 3 §. 5 D. 41. 2: plures eandem rem in solidum possidere non possunt, und weiter: non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris. Dieser Gedanke scheint auf den ersten Augenblick die Möglichkeit eines Mitbesitzes Mehrerer an derselben Sache, einer Mitherrschaft Mehrerer über dieselbe zu verneinen. Und in der That hat ihn Büff (Arch. f. pract. Rechtsw. N. F. III. 117 u. 118) auch dazu benützt, um dem Mitbesitz seine factische Existenz abzusprechen. — Allerdings erträgt eine Sache nur eine Herrschaft; aber diese eine Herrschaft kann unter Mehrere getheilt sein. Es ist dies eine Erscheinung, die im Leben alltäglich vorkommt, und das römische Recht war weit entfernt, derselben seine Aufmerksamkeit zu entziehen. Die folgenden Stellen werden genügen, um das zu beweisen:

L. 1 §. 7 D. uti poss. 43. 17. Ulp.

Hoc interdictum locum habet, sive quis totum fundum possidere se dicat, sive pro certa parte, sive pro indiviso possideat.

L. 8 D. de rei vind. 6. 1. Paulus.

Pomponius libro XXXVI probat, si ex aequis partibus fundum mihi tecum communem tu et Lucius Titius possideatis, non ab utrisque quadrantes petere me debere, sed a Titio, qui non sit dominus, totum semissem.

L. 5 §. 15 i. m. D. Commodati vel contra 13. 6. Ulp.

Et ait (Celsus filius) duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium (vel possessionem) habere.

L. 26 D. de acq. vel om. poss. 41. 2. Pomponius.

Locus certus ex fundo et possideri et per longam possessionem capi potest, et certa pars pro indiviso, quae introducitur vel ex emptione, vel ex donatione vel qualibet alia ex causa.

L. 32 §. 2 D. 41. 3. Pomp.

Incertam partem possidere nemo potest: ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, neminem eorum mera suptilitate possidere Labeo scribit.

Alle dieſe Stellen ſprechen davon oder ſetzen voraus, daß eine Sache von Mehrern könne beſeſſen werden; aber eben, wie es Celſus ausſpricht, nicht in solidum, ſondern pro partibus indivisis. Die Sache ſelbſt iſt nicht getheilt,, wohl aber die Herrſchaft daran, und dem entſprechend iſt auch der Wille jedes Einzelnen nur auf einen Herrſchaftstheil gerichtet. Dieſe Theilung der Herrſchaft iſt jedoch nur eine gedachte; wäre ſie wirklich, ſo müßte jede einzelne Ausübungshandlung theilbar ſein, was unmöglich iſt. Getheilt aber denkt man ſich die Herrſchaft darum, weil ihr letztes Ziel: Nutzen, Ertrag, Preis der Sache

Jedem nur zum Theil zufällt, von Jedem nur zum Theil beansprucht wird.

Man mag nun mit Windscheid (Pandektenrecht I. §. 140. 3. Auflage S. 383) und Hesse (S. 121) den Werth der Sache als eigentliches Object der Theilung betrachten. Aber die Möglichkeit, sich die einzelnen Theile vorzustellen, wird dadurch um nichts erleichtert; denn auch der Tauschwerth ist ja nur etwas Gedachtes, und so lange er sich noch nicht als Preis realisiert hat, durchaus unbestimmt, so daß sich die einzelnen Theile auch in der Vorstellung nicht abgrenzen lassen, eben weil das Ganze nicht begrenzt ist. Vollends der Gebrauchswerth der Sache läßt sich gar nicht bestimmen. Ist er doch nichts anderes, als die Bedeutung, welche der Nutzen der Sache für die Befriedigung der Bedürfnisse des Individuums hat, dem die Macht zusteht, sich diesen Nutzen anzueignen; und es ist sicherlich um nichts leichter sich jene Bedeutung getheilt zu denken, als diese Macht. Allerdings das kann man sagen, daß jeder Herrschaftstheil seinen besondern Werth hat, Tauschwerth wie Gebrauchswerth; aber die Summe dieser Werthe ist durchaus nicht identisch mit dem Werth, welchen die ungetheilte Herrschaft über das Ganze hat.

Jedenfalls aber ist nicht der Herrschaftswille getheilt (vgl. Randa S. 166); denn der Wille erträgt keine Theilung, weder reelle noch ideelle; und nicht Willenstheile sind es, nicht, wie Büff (S. 126) meint, verhältnißmäßige Willensbeiträge, durch deren Zusammenfügung der gemeinsame Herrschaftswille zu Stande kommt, sondern er wird nur dadurch gebildet, daß der Wille jedes Einzelnen mit dem der Andern vollständig parallel läuft und sich deckt, mit andern Worten: dadurch, daß Einstimmigkeit herrscht.

So denken wir uns also die Herrschaft, die possessio, selbst als getheilt, und daß dies auch die römische Ansicht war, ist aus der oben citierten l. 5. §. 15 D. 13. 6 deutlich zu entnehmen.

Wie aber äußert sich nun diese Theilung in der Wirklichkeit, in dem reellen Verhältniß der Mitbesitzer zur Sache?

Jeder erhebt Anspruch darauf, einen Theil des Nutzens und Ertrags für sich zu verwenden, und zwar einen Theil, der zum ganzen Nutzen in demselben Verhältniß steht, wie die ideelle Quote zum Ganzen. Jeder erkennt zugleich an, daß den Andern eben solche Ansprüche zustehen.

Nun kann aber dieser Nutzen nicht anders erzielt werden, als durch Einwirkungen auf die Sache, d. h. durch einzelne sich wiederholende Besitzhandlungen, und diese treffen stets die ganze Sache, sind Ausübung des ganzen Besitzes. Streng genommen, ist also zu jeder Handlung Einstimmigkeit sämmtlicher Mitbesitzer von Nöthen. (Vergl. l. 10 D. de aqua 39. 3. Ulp. Si autem plures sint ejusdem loci domini, unde aqua ducitur, omnium voluntatem esse sequendam non ambigitur.) Dies ist das Princip, welches Büff, Hesse und Randa zum Ausgangspunkt ihrer Darstellungen machen, und gewiß ist es das allein richtige.

Denkt man sich nun die Sache so, daß die Einwilligung zu jeder Handlung müßte besonders gegeben werden, so würde man damit dem Mitbesitzer die Herrschaft geradezu unter den Füßen wegziehen. Welche Absurdität, wenn ich für jeden Gang auf dem gemeinschaftlichen Wege, für jedes Glas Wasser aus dem gemeinschaftlichen Brunnen erst meinen Theilhaber fragen müßte, oder wenn ich es unterlasse, Gefahr liefe mit dem Interdict belangt zu werden! Eine solche Anwendung jenes Princips würde zur Folge haben, daß durch die Besitzesschutzmittel der Mitbesitz nicht nur nicht geschützt, sondern vollständig gelähmt würde. Ja es hienge nur an der Willkür eines Einzelnen, den Besitz durch ein Verbot jeder Handlung geradezu aufzuheben, d. h. eine Wirkung herbeizuführen, die der Dejection gleich käme. Freilich Klagen aus dem Recht möchten vielleicht helfen; aber dem Besitzesschutze wäre damit das Urtheil gesprochen.

Aber sollte diese Einwilligung nicht auch vorher, und zwar generaliter können gegeben werden? Es ist anerkannte Thatsache, daß das Verhältniß unter Mitbesitzern durch Vertrag kann geregelt werden. Derselbe wird regelmäßig die Ermächtigung für jeden enthalten, gewisse Handlungen einseitig vorzu-

nehmen. Würde nun ein Genosse wegen einer solchen Handlung Besitzklage erheben, so könnte ihm der andre jene Ermächtigung entgegenhalten, und zwar nicht als Einrede aus dem Vertrag, sondern entweder als exceptio doli oder als Gegenbeweis gegen die behauptete Thatsache der Störung; denn die Frage, ob Jemand das Recht hat zu einer Handlung, kann im Besitzstreit nicht von Bedeutung sein, aber mit dem Beweis, daß der Andre sich verpflichtet hatte, sie zu gestatten, ist zugleich der Beweis gegeben, daß sie mit seiner Einwilligung geschah, d. h. daß sie eine Störung nicht enthält. Für den Fall, daß etwa ein ausdrückliches Verbot der Handlung vorher erfolgt ist, kann allerdings jener Gegenbeweis nicht mehr zulässig sein; dagegen die exceptio doli bleibt bestehen und gestaltet sich zur exceptio doli praeteriti; denn ein dolus liegt unzweifelhaft darin, wenn ich gegenüber einem Andern mich verpflichte, eine Handlung zu dulden, und nun doch dieselbe verbiete.

Aber ein solcher Vertrag ist nicht immer vorhanden. Niemand kann auch den Miteigenthümer resp. Mitbesitzer zur Eingehung eines solchen zwingen. Wo also ein Vertrag nicht besteht, oder wo der bestehende nicht ausreicht, da bliebe der Mitbesitzer ungeschützt gegenüber der Willkür seines Genossen.

Man ist auf diesem Standpunkte stehen geblieben, weil man den negativen Zweck der Interdicte, den der Abwehr, viel zu sehr betonte und den positiven des Schutzes dabei übersah. Bei Alleinbesitz fällt beides zusammen, nicht so bei Mitbesitz. Legt man zu viel Gewicht auf das prohibere, so gelangt man bis zur völligen Negation des possidere, und doch soll jenes nur dazu dienen, diesem den Fortbestand zu wahren. Während der Gedanke der Verletzung viel zu sehr in den Vordergrund trat, schenkte man der Ausübung wenig oder gar keine Aufmerksamkeit. Man operierte kurzweg mit den Begriffen, die man beim Alleinbesitz gewonnen hatte, und vergaß, daß beim Mitbesitz denn doch eine wesentliche Modification stattfindet. Allerdings das corpus, das thatsächliche Innehaben, bleibt dasselbe, nur daß Mehrere daran Theil nehmen; aber letzteres wäre nicht möglich, wenn nicht der animus domini, der andere Factor des Besitzes, eine andre Gestalt annehmen würde.

Vielleicht, daß eine nähere Prüfung desselben uns den Weg öffnet, der den Besitzesschutz auf das richtige und vernünftige Maß zurückführt.

Während der Alleinbesitzer sein Object ausschließlich beherrschen will, ist beim Mitbesitzer der Wille nur darauf gerichtet, einen Herrschaftstheil für sich zu haben. Dies ist die Seite, von der man den animus domini gewöhnlich betrachtet. Er hat aber noch eine andre.

Wenn ich eine Sache nur zum Theil haben will, so bin ich damit einverstanden, daß der übrige Theil von einem oder mehrern Andern besessen werde. Ich will also nicht nur selbst herrschen, sondern ich will auch, daß Andre mit mir zusammen Herrschaft üben. Wer nicht will, daß andre mit ihm herrschen, beansprucht Alleinherrschaft, Alleinbesitz.

Wenn ich also erkläre, daß ich Mitbesitzer sei, erkläre ich zugleich:

1. Daß ich die Sache nützen will; denn die Sache beherrscht man, indem man sie nützt.

2. Daß ich diesen Nutzen nicht für mich allein beanspruche, sondern die analogen Ansprüche der Andern anerkenne und zugestehe.

Der Nutzen aber realisirt sich nur durch Einwirkungen auf die Sache. Jeder verlangt die Befugniß, sich seinen Nutzantheil anzueignen, gestattet aber dieselbe Befugniß auch den Andern für ihre Antheile. In dem Willen Mitbesitzer zu sein liegt also die Ermächtigung an die Genossen, sämmtliche Handlungen vorzunehmen, welche nothwendig sind, um sich den verhältnißmäßigen Nutzen der Sache zu verschaffen, vorausgesetzt, daß dadurch der eigne Nutzantheil nicht geschädigt wird.

Es liegt also hier nicht nur, wie beim Vertrag, eine vorausgehende generelle Einwilligung vor, sondern die Einwilligung zu jenen nothwendigen Handlungen dauert so lange, als der Wille Mitbesitzer zu sein. Ein Specialverbot einer solchen Handlung aber würde deßhalb nichtig sein, weil es in Widerspruch steht mit jenem Willen, der ja gerade durch den Erlaß

des Verbots selbst wieder deutlich bekundet ist. Auch hier wäre dem Interdict des Genossen gegenüber die exceptio doli möglich. Nur ist sie nicht nöthig, weil der Gegenbeweis genügt, daß die Handlung nothwendig war und der verhältnißmäßige Nutzantheil des Andern dadurch nicht geschmälert wurde. Der Beweis des angeblich Gestörten ist nur auf das Factum der Handlung und auf die Höhe des Schadens zu richten; denn da im Princip jede einseitige Handlung eines Mitbesitzers untersagt ist, so muß der Nachweis der Voraussetzungen, unter welchen sie gestattet ist, dem Handelnden zufallen.

Ich recapituliere:

Besitz ist ausschließliche Herrschaft über die Sache. Diese Herrschaft kann aber unter Mehrere getheilt sein. Sie äußert sich in Aneignung des Nutzens. Dieselbe geschieht durch Einwirkungen auf die Sache. Jede solche Einwirkung ist Ausübung des ganzen Besitzes. Es bedarf also zu jeder einseitigen Handlung eines Mitbesitzers der Zustimmung sämmtlicher Theilhaber. Diese Zustimmung liegt aber schon in dem Willen Mitbesitzer zu sein für solche Handlungen, welche nothwendig sind, um sich den verhältnißmäßigen Nutzantheil zu verschaffen, vorausgesetzt, daß dadurch die verhältnißmäßigen Nutzantheile der Andern nicht geschädigt werden. Motiviert ist diese Annahme dadurch, daß der Wille sich nicht nur darauf richtet die Sache selbst zu nützen, sondern auch von den Andern nützen zu lassen.

II.

Sind die possessorischen Interdicte auch gegenüber dem Mitbesitzer Bedürfniß resp. in welcher Weise verwendet sie das römische Recht?

Im letzten Abschnitt ist das reelle Verhältniß dargestellt worden, wie es bei Mitbesitz sich gestaltet. Es fragt sich nun, inwiefern läßt sich die Anwendung des Interdictenschutzes für dieses Verhältniß begründen? Was nun die Anwendung gegen außen anbetrifft, so ist dieselbe außer Zweifel. Die Stellung des Mitbesitzers gegen außen hat nichts besonderes an sich.

Sobald feststeht, daß bei certa pars pro indiviso possessio stattfindet, ist kein Grund vorhanden, die Besitzinterdicte hier zu versagen. Die Zulässigkeit der interdicta uti poss. (utrubi), de vi, de precario ist übrigens in diesem Fall auch nie bestritten worden.[3])

Dagegen, was die Stellung der Mitbesitzer zu einander anbetrifft, so ist allerdings denkbar, daß die Anwendung der Interdicte nicht bis hierher ausgedehnt wurde, etwa weil andere Mittel zur Genüge vorhanden waren; und da die Statthaftigkeit der Interdicte hier bestritten worden ist, und auch die Quellen nur an wenigen, nicht unbezweifelten Stellen davon reden, wird es zweckmäßig sein, zunächst zu prüfen, ob überhaupt ein Bedürfniß für die Anwendung der specifischen Besitzesschutzmittel hier vorliegt.

Dabei ist es nöthig, die Streitfrage zu berühren, weßhalb der Besitz überhaupt geschützt wird. Der Grund, der den Besitzesschutz hervorgerufen hat, muß auch beim Mitbesitz wirksam sein, damit auch dieser des Schutzes theilhaftig werde. Wirft man nun einen Blick auf die Liste der verschiedenen Theorieen hierüber, wie sie Jhering, Jahrb. für Dogm. IX. S. 5 zusammengestellt hat, so erkennt man sofort, daß fast bei allen der Mitbesitzer gerade so gut Anspruch auf Schutz haben muß, wie der Alleinbesitzer; der Mitbesitzer darf eben so sehr Schutz fordern vor Gewalt und Selbsthilfe, wie der Alleinbesitzer, auch er befindet sich in der Lage, daß ihn Niemand ohne Vorrecht rechtlich überwinden kann, auch er genießt das Vorrecht der Unbescholtenheit, auch er hat wahrscheinliches oder anfangendes Eigenthum; auch sein Wille tritt am Mitbesitz in seiner thatsächlichen Verkörperung zu Tage; auch für ihn hat der Mitbesitz öconomische Bedeutung. Nur die Jhering'sche Ansicht macht für mich eine besondre Prüfung nothwendig, umsomehr, da mir dieselbe als die Annehmbarste von allen erscheint. Sie erklärt den Besitzesschutz nur als eine nothwendige Ergänzung

3) Vergl. für das int. uti poss. l. 1 §. 7 D. 43. 17. uti poss. Hoc interdictum locum habet, sive quis totum fundum possidere se dicat, sive pro certa parte, sive pro indiviso possideat.

des Eigenthumsschutzes. Man könnte also denken: da wo diese Ergänzung nicht nothwendig ist, weil andre Mittel nachhelfen, fällt der Besitzesschutz weg. — Um jedem Zweifel in dieser Hinsicht zu begegnen, werfen wir einen Blick auf die Klagen, welche dem Miteigenthum und dem Gemeinschaftsverhältniß eigenthümlich sind: die actio communi dividundo und die actio pro socio.[4])

In der That erleichtern sie dem Miteigenthümer den Schutz gegen seinen Genossen. Die actio pro socio nimmt blos Rücksicht auf die obligatorische Verpflichtung, nicht auf das Recht an der Sache; eine solche Verpflichtung kann aber auch inter praedones begründet werden. Die actio communi dividundo setzt blos justa possessio voraus; aber auch wenn vi, clam, precario von einem Dritten der Besitz erworben wäre, würde die actio comm. div. möglich sein für den Fall, wo in Bezug auf die Gemeinschaft und die Gemeinschaftsquoten unter den Parteien Uebereinstimmung herrscht und nur fraglich ist, ob eine Handlung gemeinschaftswidrig sei oder nicht. Denn wenn die Parteien sich gegenseitig durch confessio in jure das Miteigenthum zugestehen, so hat der Richter durchaus keinen Anlaß, nach der rechtlichen Begründung desselben zu forschen.

Allein, wenn ein Vertrag nicht besteht, oder wo über die Ausdehnung des Gemeinschaftsverhältnisses Streit herrscht, oder wenn geradezu die Gemeinschaft selbst bestritten wird, da reichen jene Klagen nicht aus, und es bleibt nichts übrig als der Beweis des Rechts, sei es zur Begründung der actio c. div. oder der vindicatio. Und doch wäre nicht einzusehen, warum das thatsächliche Verhällniß hier weniger Berücksichtigung finden sollte, als wo Jemand allein eine Sache besitzt, warum z. B. der Miteigenthümer, der bisher zu $^3/_4$ den Ertrag der Sache bezogen hat, nun genöthigt werden soll, sein $^3/_4$ Miteigenthum zu beweisen, wenn der andre plötzlich Anspruch auf die Hälfte erhebt. Vollends als Vorbereitung zum Vindications-

4) Von andern Klagen, welche etwa auch ergänzend eintreten können, wie das interd. quod vi aut clam und die cond. poss. sehe ich hierbei ab, da dieselben ja auch bei Alleinbesitz resp. Alleineigenthum die specifischen Besitzinterdicte keineswegs ausschließen.

proceß, wenn der Eine Mitbesitz, der Andre Alleinbesitz, oder wenn Jeder zu einer größern Quote Besitz behauptet, als ihm der Andre zugeben will, ist das int. uti poss. nicht zu entbehren.

Ebensowenig wäre für das int. unde vi bei Dejection durch einen Mitbesitzer ein Ersatz vorhanden.

Somit müßte es auch vom Standpunkte des Miteigenthums aus als eine wesentliche Lücke betrachtet werden, wenn der Besitzesschutz hier fehlen würde.

Sehen wir, ob das röm. Recht diesem Bedürfniß nachkommt:

1) L. 1 §. 7 D. uti poss. 43. 17. Ulp.

Hoc interdictum locum habet, sive quis totum fundum possidere se dicat, sive pro certa parte, sive pro indiviso possideat.

Hier wird das int. uti poss. dem Besitzer einer pars pro indiviso schlechthin zugesprochen ohne die Beschränkung, daß es etwa nur gegen außen, nicht auch gegen den Mitbesitzer statthaft sei.

2) L. 3 §. 1 und 2 D. de operis nov. nunt. 39. 1. Ulp. lib. 52 ad Edict.

Si in loco communi quid fiat, nuntiatio locum habebit adversus vicinum. Plane si unus nostrum in communi loco faciat, non possum ego socius opus novum ei nuntiare, sed eum prohibebo communi dividundo judicio vel per praetorem.

Quod si socius meus in communi insula opus novum faciat et ego propriam habeam, cui nocetur, an opus novum nuntiare ei possim? et putat Labeo non posse nuntiare, quia possum eum alia ratione prohibere aedificare, hoc est, vel per praetorem, vel per arbitrum communi dividundo: quae sententia vera est.

Daß unter per praetorem das int. uti poss. verstanden sei, geht mit Sicherheit hervor aus der Vergleichung mit l. 5 §. 10 eod., welche Stelle demselben Buche Ulpian's entnommen ist:

Meminisse autem oportebit, quotiens quis in nostro aedificare vel in nostrum immittere vel projicere vult, melius esse eum per praetorem vel per manum, id est lapilli ictum prohibere, quam operis novi nuntiatione: ceterum operis novi nuntiatione possessorem eum faciemus, cui nuntiaverimus: at si in suo quis faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denuntiatio erit necessaria. Et si forte in nostro aliquid facere quis perseverat, aequissimum erit interdicto adversus eum quod vi aut clam aut uti possidetis uti.

Ich verstehe diese Stelle so:

So oft Jemand auf unserm Boden bauen ꝛc. will, wird es besser sein, ihn durch Vermittlung des Prätor oder durch eigene Hand d. h. durch einen Steinwurf daran zu hindern, als durch operis novi nuntiatio; denn durch diese verschaffen wir dem die Stellung des Beklagten, dem wir nuntiieren; dagegen wenn er auf eignem Boden etwas errichtet, dann wird die operis novi nuntiatio Bedürfniß sein (d. h. man wird sie nicht entbehren können, obgleich das int. quod vi aut clam, wie es überhaupt mit der op. nov. nunt. resp. dem int. demolitorium concurriert, auch hier statthaft wäre.) — Auch wenn Jemand in der Errichtung einer auf unserm Boden bereits angefangenen Anstalt fortfährt, wird gegen ihn das int. quod vi aut clam oder das int. uti poss. sehr am Platze sein.

Nach dieser Auffassung, welche eine Elimination der Worte: id est lapilli ictum (vgl. Windscheid, Pandektenrecht II. S. 697 §. 465 n. 18), überflüssig macht, gehen der erste und der dritte Satz einander parallel, während der zweite: at si . . . etc. als erklärende Parenthese des ersten hinzugefügt ist. Jene besagen, daß wir einen Andern sowohl von dem Beginn einer Baute als auch von der Fortführung einer solchen abhalten können, und zwar entweder durch das int. uti poss. (per praetorem) oder durch das int. quod vi aut clam (per manum). Daß unter dem Ausdruck per praetorem das int. uti poss. bezeichnet wird im Gegensatz zum int. quod vi aut clam, das in seiner Weiterführung des Prätors doch auch bedarf, hat seinen Grund darin, daß bei ersterm die „Prohibi-

tion beginnt erst mit dem Befehl des Prätors, bei letzterm schon per manum, d. h. durch den eigenhändig bekundeten Widerspruch.

So enthält der dritte und letzte Satz nur die Anwendung des im ersten Satze enthaltenen Rechtsgedankens auf einen analogen Fall, nur daß der Jurist hier die betreffenden Klagen mit dem technischen Namen nennt, während er sich im ersten Satz mit einer allgemeinen Bezeichnung begnügt.

Wenn nun hier durch den Ausdruck per praetorem das int. uti poss. gemeint ist, so läßt sich kaum annehmen, daß derselbe Ausdruck in l. 3 eod., welcher demselben Buche desselben Schriftstellers entnommen ist, etwas anderes heißen soll. um so mehr da sich act. com. div. und int. uti poss. auch anderwärts (l. 12. D. 10. 3) nebeneinander gestellt finden. Was Büff (S. 125) dagegen vorbringt, ist jedenfalls werthlos; denn daß der Fall in l. 6 §. 10 ein andrer ist als in l. 3. §. 1 und 2 cit. hindert durchaus nicht, daß hier wie dort die Worte per praetorem dieselbe Bedeutung haben.

Ausdrücklich wird dem Mitbesitzer das Interdict gegeben in folgenden Stellen:

3) L. 12 D. com. div. 10. 3. Ulp. lib. 71 ad Ed.

Si aedes communes sint aut paries communis et eum reficere vel demolire vel in eum immittere quid opus sit, communi dividundo judicio erit agendum, aut interdicto uti possidetis experimur.

4) Ferner l. 3. §. 9. D. uti poss. 43. 17. Ulp. lib. 69 ad Ed., sofern die gewöhnliche Emendation, die wir hier geben, richtig ist. (Eine andre wird weiter unten vorgeschlagen werden.)

Si vicinus meus in parte mea (in pariete meo) tectoria habeat et in parte sua (in pariete suo), uti possidetis mihi efficax est, ut ea tollere compellatur.

Schon in der Besprechung der Literatur ist darauf hingewiesen worden, daß Büff die Beweiskraft dieser Stellen für die Statthaftigkeit der Interdicte unter Mitbesitzern zu beseitigen sucht durch die Behauptung, der Mitbesitzer sei eben hier ausnahmsweise Alleindisponent. Wie bereits erwähnt, weiß

Büff für diese Alleindisposition ein Motiv durchaus nicht anzugeben; Miteigenthum kann es nicht sein, weil es sich nur um ein possessorium handelt, Alleinbesitz auch nicht, weil diesen nur alle Miteigenthümer zusammen haben, einer allein also nicht in Anspruch nehmen darf, und den Mitbesitz will Büff nicht als Realität anerkennen. Aber wir müssen seine Beweisführung noch näher prüfen, weil er in jenen Stellen nicht nur nicht einen Beleg für, sondern ein Argument gegen die Zulässigkeit der Interdicte findet. Er sagt S. 121 ff.:

„Im Fall, wo von zwei Miteigenthümern einem ausnahmsweise wirklich eine ausschließliche Disposition zusteht, hat es kein Bedenken, dem Miteigenthümer, welchen sein Genosse in dieser ausschließlichen Disposition hindern will, nicht nur die communi dividundo, sondern auch das interdictum uti possidetis zu geben. Daß es in diesem Fall und auch nur in diesem Fall in den Quellen erwähnt wird, dürfte unsere Regel (sc. Unzulässigkeit der Interdicte unter Mitbesitzern) zu bestärken sehr geeignet sein."

Sehen wir nach, wie er das an den beiden angeführten Stellen nachweist:

Schon bei l. 12 cit. wird diese ausschließliche Disposition stillschweigend umgewandelt in eine Alleindisposition, die aber nicht ausschließlich ist. Denn jeder Mitbesitzer darf hier mitwirken, und jeder ist selbständig ebenso befugt jene Handlung vorzunehmen. Schon dadurch wird die Theorie Büff's umgestoßen; denn sie geht ja von dem Satz aus, daß das Interdict nur statthaft sei, wenn dem Kläger ein Ausschließungsrecht zustehe, und von einem solchen ist in l. 12 cit. gewiß nicht die Rede.

Er behauptet ferner: „Insbesondere darf nicht verkannt werden, daß wenn dem Miteigenthümer regelmäßig das Interdict zustände und nur ausnahmsweise dann nicht, wenn der Beklagte zur alleinigen Disposition berechtigt wäre, die Ausnahme gewiß in diesem Sinne negativ, daß kein Interdict stattfände, nicht aber affirmativ, daß eines stattfände, würde ausgedrückt werden."

Dabei setzt er voraus, daß, wäre das Interdict unter Mitbesitzern zulässig, dasselbe gegenüber jeder einseitigen Handlung eines Mitbesitzers begründet sein müßte, und daß also die besondere Erwähnung seiner Begründung im einzelnen Falle eine Trivialität wäre. Aber diese Voraussetzung enthält eine petitio principii. Das wäre ja eben noch zu beweisen, daß jede Handlung eine Störung enthält; und daß dem nicht so ist, dafür liefert unsre Stelle den besten Gegenbeweis. — Und abgesehen davon wäre es gewiß ebenso merkwürdig, daß derjenige, welcher einseitig handelt, das Interdict hat, als daß derjenige, der dies leiden muß, es nicht hat.

Ebensowenig paßt die andre Stelle l. 3 §. 9 cit. zu der Argumentation von Büff; denn hier ist es ja gerade derjenige, der nicht handelt, dem das Interdict zugesprochen wird. Daß hier der andre, der einseitig handelt, das Interdict nicht hat resp. nicht damit durchdringt, ist doch gewiß auch im Lichte der Büff'schen Anschauung durchaus nichts Merkwürdiges.

Doch läßt sich bei dieser Stelle wenigstens von einer ausschließlichen Disposition reden, weil durch die eigenthümliche Natur der Sache für bestimmte Nutzungen jedem ein besondres Feld zugewiesen ist. Aber die Mauer kann noch in anderer Weise genützt werden, z. B. durch immissio eines Balkens. Dann aber hört die ausschließliche Disposition auf; denn auch der Andre hat die Befugniß seinen Balken in die Mauer zu legen, und beide haben sie ohne besondre Abrede nur, wenn es zur Stütze ihrer Häuser wirklich nothwendig ist.

So ist die Alleindisposition Büff's weiter nichts als die Befugniß des Mitbesitzers kraft seines Mitbesitzes unter dem Schutze des Interdicts gewisse Handlungen einseitig vorzunehmen.

5) Ferner läßt sich hieherziehen l. 1 §. 26 D. de aqua 43. 20. Ulp.:

Si inter rivales, id est qui per eundem rivum aquam ducunt, sit contentio de aquae usu, utroque suum usum esse contendente, duplex interdictum utrique competit.

Demnach ist das int. de aqua als duplex verwendbar bei Mitbesitz einer Wassergerechtigkeit für den Fall, wo über den

Gebrauch Streit herrscht. Wenn schon dieses Interdict im Gegensatz zum int. uti poss. nach l. 1 §. 10 eod. [5]) eine nicht auf Rechtsirrthum beruhende bona fides voraussetzt, so verlangt es zu seiner Begründung darum nicht minder die factische Ausübung, den Besitz: uti hoc anno aquam, qua de agitur, non vi non clam non precario ab illo duxisti, quominus ita ducas vim fieri veto (l. 1 pr. cit.). Unsere Stelle setzt voraus, daß dieser Besitz sich in den Händen von mehreren rivales befindet, und wendet zum Schutz ihrer Ausübung untereinander unbedenklich das int. de aqua an.

Daß das interdictum als duplex bezeichnet wird, ist zugleich ein directer Beweis gegen den Büff'schen Satz, daß nur einer der Miteigenthümer das Interdict haben könne, und daß, wenn es dem Einen gegeben werde, es dem andern nothwendig versagt sei.

Ueber allen Zweifel endlich erhebt uns folgende Stelle:

L. 4 D. uti poss. 43. 17. Ulp.

6) In summa puto dicendum et inter fructuarios hoc interdictum reddendum: et si alter usum fructum, alter possessionem sibi defendat.

Unter Usufructuaren ist das factische Verhältniß genau dasselbe, wie bei Mitbesitz, nur ist der Wille nicht darauf gerichtet, die Sache als eigene zu behandeln. Die Nutzung geschieht an der ganzen Sache ganz ebenso wie bei Mitbesitz, und jede einzelne Handlung enthält eine Einwirkung auf die ganze Sache, übt also das ganze Recht aus, wie bei Mitbesitz. Auch hier ist es dem Usufructuar unmöglich nur seine ideale Hälfte der gemeinschaftlichen Wiese abzumähen (vergl. Büff S. 127), und dennoch wird das Interdict ausdrücklich und unmißverständlich für statthaft erklärt.

Somit darf die Zulässigkeit des int. uti poss. unter Mitbesitzern als feststehend betrachtet werden.

---

5) L. 1 §. 10 D. 43. 20. Sed etsi jure aqua non debetur alicui, si tamen jure ducere se putavit, cum non in jure sed in facto erravit, dicendum est, eoque jure utimur, ut interdicto hoc uti possit. Sufficit enim, si jure se ducere putavit nec vi, nec clam, nec precario duxit.

Ebenso unzweifelhaft ist aber auch die Zulässigkeit der andern Interdicte; denn sie alle gründen sich ja auf dasselbe thatsächliche Verhältniß, wie das int. uti poss., und wo dieses zulässig ist, müssen auch sie begründet sein, vorausgesetzt, daß ihre speciellen Vorbedingungen erfüllt sind. Ob diese vorhanden sind, soll nun geprüft werden:

1) Das int. utrubi, dessen Besonderheiten freilich durch Justinian beseitigt sind und deßhalb heutzutage keine Geltung mehr haben, setzte, wie bekannt, längern Besitz im letzten Jahr voraus. Gajus IV. 150, pr. D. 43. 31. Demnach möchte es scheinen, als ob es unter Mitbesitzern, wenn sie gleich langen Besitz für sich aufzuweisen hatten, gar nicht zur Anwendung gelangen konnte. Doch ist nicht zu vergessen, daß die Formel für den Hauptfall berechnet war, wo das possessorium als Präparatorium für den Vindicationsfall diente, wo also der Besitz selbst streitig war. Soweit nun das possessorium in diesem Sinne bei Mitbesitz eintreten kann (s. o. S. 24 u. 25), mußte natürlich auch der längere Besitz zu erweisen sein. Wo aber das Besitzverhältniß feststand, fiel dieser Beweis weg und es war nur die Störung resp. der Umfang des Schadens vom Gestörten darzuthun; ganz ebenso, wie wenn der Alleinbesitzer das Interdict gegen einen angeblichen Störer anstrengt, und dieser nicht den Besitz, sondern nur die stattgefundene Störung bestreitet.

2) Was das int. de vi anbetrifft, so läßt sich seine Anwendung unter solchen, die noch Mitbesitzer sind, nicht denken. Ein Mitbesitzer kann sich wohl durch Dejection des andern Alleinbesitz verschaffen, nicht aber kann man einen Alleinbesitzer zur ideellen Hälfte dejicieren. Der Mitbesitz zu ideellen Theilen setzt eine Willensübereinstimmung der Theilhaber voraus, wie sie hier vollständig fehlt. Dadurch, daß sich Jemand mit Hilfe von Gewalt auf meinem Grundstück festsetzt, ist er noch nicht mein Mitbesitzer geworden. Es ist dazu noch weiter nöthig, daß ich ihn und mich als Mitbesitzer ansehen will. Ist dies aber der Fall: dann ist er Mitbesitzer nicht in Folge der vis, sondern auf Grund einer traditio brevi manu von meiner Seite, und es greift l. 5 D. de vi 43. 16 Platz, welche

sagt: Si per vim tibi possessionem tradidero, dicit Pomponius unde vi interdictum cessare, quoniam non est dejectus, qui compulsus est in possessionem inducere. — Vgl. l. 9 pr. D. Quod metus causa 4. 2.

Wer aber den Angreifer nicht als Mitbesitzer anerkennen will, der muß als Alleinbesitzer gelten, so lange er nicht völlig dejiciert ist. Der Angriff, mag er auch noch so weit vorgeschritten sein, enthält nur eine Störung des Alleinbesitzes. Dagegen in dem Fall, wo der Angreifer einen begrenzten Theil des Grundstückes in seine Gewalt bekommen hat und nun den bisherigen Besitzer vollständig davon ausschließt, kann die Verdrängung als eine dejectio aus einer pars pro diviso aufgefaßt werden und demnach in dieser Weise das Interdict begründet sein.

Dem scheint zu widersprechen l. 7 §. 5 D. 10. 3. Ulp. Julianus scribit, si alter possessor provocet, alter dicat eum vi possidere, non debere hoc judicium (sc. com. divid.) dari nec post annum quidem, quia placuit etiam post annum in eum qui vi dejecit, interdictum reddi. Et si precario, inquit, dicat eum possidere, adhuc cessabit hoc judicium, quia et de precario interdictum datur. Sed et si clam dicatur possidere qui provocat, dicendum esse ait cessare hoc judicium: nam de clandestina possessione competere interdictum inquit.

Regelmäßig ergänzt man zu dem zweiten alter das Wort possessor und erklärt die Stelle von 2 Mitbesitzern, von denen sich der Eine angeblich in den Mitbesitz mit dem Andern eingedrängt hat. Nach dem oben Gesagten kann dies nicht richtig sein. Man müßte denn in der Stelle noch einen Ausdruck jener ältern Ansicht finden, welche eine justa und eine injusta possessio nebeneinander für möglich hielt und den fehlerhaft verlornen Besitz dem vitiosen Erwerber gegenüber als fortdauernd ansah. Dann würde es sich aber um Alleinbesitz handeln, den der eine juste, der andere injuste hat. Vom Standpunkte des just. Rechts aus könnte man die Stelle höchstens etwa noch von einer dejectio aus einer pars pro diviso in dem oben angegebenen Sinne verstehen, wofür aber keine Andeutung vorliegt. Ich erkläre daher lieber so:

Wenn von zwei Gegnern der Eine, der (Allein)besitzer ist, die Theilungsklage anstellt, der Andre dagegen (der nicht Besitzer ist) behauptet, jener habe ihm seinen Besitz mit Gewalt entrissen, dann soll das judicium comm. div. nicht gegeben werden, auch nicht nach einem Jahr; denn auch nach einem Jahr ist das interdictum noch statthaft.

Der Grund, weßhalb die actio comm. div. versagt wird, ist nicht die formelle Zulässigkeit des Interdicts an sich, sondern die Negation der Gemeinschaft, die in der Behauptung der Dejection liegt. Dieser Grund würde auch noch fortwirken, selbst wenn das int. de vi nach Verfluß eines Jahres verjährt wäre, und die Worte quia placuit etc. enthalten also eine Ungenauigkeit. Richtig ist aber jedenfalls, daß überall, wo das int. de vi angestellt wird, sicher die act. comm. div. wegfällt. Falsch aber ist der Satz, den Büff S. 120 n. 8 auf Grund der l. cit. behauptet: „Entweder Miteigenthum und dann kein Interdict oder ein Interdict und dann kein Miteigenthum." — Wenn der nichtbesitzende Miteigenthümer seinen alleinbesitzenden Genossen dejiciert, so ist gewiß das int. de vi begründet, obwohl Miteigenthum besteht. Nur die actio comm. div. wird ausgeschlossen, weil die Gemeinschaft nicht anerkannt ist.

Unsre Stelle spricht also nicht von solchen, die zur Zeit der Anstellung der Klage noch Mitbesitzer wären, sondern sie setzt voraus, daß nur Einer Besitzer sei und spricht aus, daß die act. comm. div. durch die Behauptung der Dejection resp. durch die Zulässigkeit des int. de vi unmöglich werde. Die Dejection selbst kann stattgefunden haben aus dem Mitbesitz pro diviso, wie indiviso, oder aus dem Alleinbesitz. Am denkbarsten erscheint mir der Fall, wo A Miteigenthümer ist, aber sein Theilhaber B befindet sich im Alleinbesitz, A dejiciert den B und stellt die act. comm. div. auf Theilung an. Sein Zweck ist dabei, die schwierigere Vindication sich zu ersparen.

3) Ebensowenig wie das int. unde vi könnte das int. de clandestina poss., soweit man ihm überhaupt eine Existenz zugesteht, zwischen Personen zur Anwendung kommen, die zur Zeit der Anstellung noch Mitbesitzer sind.

4) Wohl möglich aber ist das int. de precario. Der Fall ist leicht denkbar, daß ein Alleinbesitzer einem Andern den Mitbesitz überläßt und durch dessen Weigerung, denselben auf die gestellte Rückforderung hin zu restituieren, genöthigt wird, gegen den Precaristen den Prätor zu Hilfe zu rufen. Durch die Weigerung der Rückgabe wird der Mitbesitz nur vitiös, bleibt aber Mitbesitz. Die Willenseinigung, wie sie der Mitbesitz verlangt, war hier vorhanden und kann nicht durch einseitige Willensänderung rückgängig gemacht werden, nachdem sich das factische Verhältniß in Folge derselben constituiert hat.

Wie beim int. de vi, so würde auch bei den beiden letztern Interdicten die act. com. div. ausgeschlossen sein, weil auch hier von der einen Seite ein ex injusta causa erworbener Besitz vorliegt, auch hier die Gemeinschaft selbst angefochten wird.

Ich recapituliere:

Das Bedürfniß nach Schutz des Mitbesitzes auch gegengenüber dem Mitbesitzer ist vorhanden, selbst im Lichte der Jhering'schen Ansicht, welche den Besitzesschutz nur als Ergänzung des Eigenthumsschutzes betrachtet. Actio com. dividundo und actio pro socio erleichtern zwar die Stellung eines Miteigenthümers gegen den andern, machen aber die interdicta possessoria nicht überflüssig. Jenem Bedürfniß ist das römische Recht nachgekommen. Die angeführten Stellen beweisen die Anwendung des int. uti poss. und des int. de aqua unter Mitbesitzern. Danach ist kein Grund, die Anwendung der übrigen Interdicte auszuschließen. Nur das int. de vi ist unter solchen, die zur Zeit der Klag-Anstellung noch Mitbesitzer waren, unmöglich, ebenso das interd. de clandestina possessione.

III.

Die Anwendung des interdictum uti possidetis insbesondere.

Die häufigste Anwendung des interdictum uti possidetis ist die als Vorbereitung zur Vindication. Sie ist Haupt-

fall, und um ihretwillen hat sich die Duplizität der Formel ausgebildet; sie wird auch von Ulpian in l. 1 §. 8 D. uti poss. 43. 17 [6]) vorangestellt. Gerade dieser Hauptfall aber wird unter Mitbesitzern selten vorkommen. Zwar daß Streit darüber herrscht, ob Mitbesitz, ob Alleinbesitz vorhanden sei, mag ziemlich häufig sein; anders aber ist es mit dem Fall, wo verschiedene Quoten des Besitzes in Anspruch genommen werden, z. B. der eine zu drei Viertheilen, der andre zur Hälfte Mitbesitz behauptet. Es ist dies möglich trotz l. 32 §. 2 D. 41. 3. (Incertam partem nemo possidere potest; ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, neminem eorum mera suptilitate possidere Labeo scribit); denn jeder behauptet certam partem zu besitzen und weist auch dem andern eine entsprechende certa pars zu, der Richter hat nur zu prüfen, welcher Behauptung das thatsächliche Verhältniß entspreche. Regelmäßig aber wird in solchem Fall die actio comm. div. ergriffen werden; denn die Gemeinschaft ist anerkannt, und die causa, auf der sie beruht, wird oft eine bessere Grundlage für die Entscheidung des Richters abgeben, als das in seinem Umfang schwieriger zu bestimmende thatsächliche Verhältniß.

Viel eher wird aber das Interdict wegen effectiver Störung zur Anwendung kommen. Da die Mitbesitzer räumlich dasselbe Herrschaftsgebiet haben, so sind Conflicte nicht immer zu vermeiden. Besonders da, wo eine Theilung der Sache nicht thunlich oder nicht möglich ist, wie z. B. bei einer Scheidemauer, einem gemeinschaftlichen Thorweg, wird der Miteigenthümer resp. Mitbesitzer leicht in den Fall kommen, das int. uti poss. zu gebrauchen.

---

6) L. 1 §. 3. D. uti poss. 43. 17. Inter litigatores ergo quotiens est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores, uter possessor sit, uter petitor, aut non convenit. Si convenit, absolutum est: ille possessoris commodo, quem convenit possidere, ille petitoris onere fungetur. Sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere adfirmat, tunc si res soli sit, in cujus possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur.

In welcher Weise kommt nun dieses Interdict zur Anwendung?

Zunächst muß bemerkt werden, daß da, wo eine Handlung geschehen ist mit Wissen des Andern und ohne daß er widersprach, darin keine Störung liegen kann. Bei der ursprünglichen Proceßform wäre eine Klage schon deßhalb unmöglich gewesen, weil der Prohibitionsbefehl der Störung vorausgehen mußte, damit eine Klage daraus entspringe. Heutzutage kann jedenfalls die Restitution des früheren Zustandes nicht mehr gefordert werden (L. 28 D. c. div. 10. 3 [7]), außer wenn der Nutzen und Ertrag der Sache durch den neu herbeigeführten Zustand dauernd leidet, die Beseitigung desselben also nothwendig ist, d. h. si toti societati prodest opus tolli. (L. 26 i. f. D. d. S. P. U. 8. 2. [8])

Wie aber, wenn der Andere nichts davon weiß oder widerspricht? Ist da jede Handlung untersagt? Zur Beantwortung dieser Frage ist nöthig zu wissen, was berechtigte Ausübung, was Störung des Besitzes sei.

Ich habe oben versucht nachzuweisen, daß schon im Willen Mitbesitzer zu sein die gegenseitige Ermächtigung liege zu solchen Handlungen, welche nothwendig sind, um den verhältnißmäßigen Nutzantheil sich zu verschaffen, vorausgesetzt, daß sie die Nutzantheile der Andern nicht schmälern. Demnach wäre jede Handlung, die nicht unter diese Kategorie fällt, eine Störung, die den Gestörten zur Anstellung des int. uti poss. berechtigte. Darf aber auch umgekehrt jede Handlung, die keine Störung enthält, den Schutz des Interdicts beanspruchen, resp. kann man ihre Durchführung durch Anstellung des int. uti poss. erzwingen?

Jedenfalls, wenn ich einen wirksamen Schutz haben soll in der Ausübung meines Mitbesitzes, so genügt es nicht, wenn

---

7) L. 28 cit. in med. Sed etsi in communi prohiberi socius a socio ne quid faciat potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si cum prohibere poterat, hoc praetermisit.

8) L. 26 cit. i. f. Sed per communi dividundo actionem consequitur socius quominus opus fiat, aut ut id opus quod fecit, tollat, si modo toti societati prodest opus tolli.

der Andere für seinen Widerstand keine richterliche Hilfe findet; ich selbst muß den Beistand des Richters anrufen können, um den factischen Widerstand zu beseitigen. Und warum sollte mir denn der Besitzesschutz fehlen, wenn ich als Mitbesitzer auf die Sache einwirke innerhalb der Schranken, welche mir durch das Verhältniß des Mitbesitzes gezogen sind? In dieser beschränkten Einwirkung tritt eben die Verwirklichung des Mitbesitzes an der Sache hervor. Die ausschließliche Beherrschung des ideellen Theils, wie sie im Princip besteht, hat sich umgesetzt in eine beschränkte Herrschaft über die ganze Sache. Und darin darf der Mitbesitzer Schutz verlangen, so gut als der Alleinbesitzer.

Dabei ist das Princip der l. 5 §. 15 D. 13. 6: nec quemquam partis corporis dominum esse und der l. 28 D. 10. 3: in re communi neminem dominorum jure facere quicquam invito altero posse keineswegs aufgegeben. Streng genommen, enthält jede Handlung einen Eingriff in den Besitz der andern, aber nicht minder jede eine Ausübung des eigenen Besitzes. Wenn sie nun in Folge der gegenseitigen Ermächtigung, wie wir sie im Willen der Mitbesitzer erkannt haben, aufhört, Eingriff zu sein, so bleibt ihr blos ihr Charakter als Ausübung, und sie unterscheidet sich dann in Nichts von den Ausübungshandlungen des Alleinbesitzers. Daß das römische Recht wirklich in solchem Fall das Interdict gewährt, dafür ist die lex 12 D. 10. 3 [9]) ein noch unwiderlegter Beweis. Sie sagt ausdrücklich: Wenn es nöthig ist, eine gemeinsame Mauer herzustellen, niederzureißen oder einen Balken in dieselbe einzulegen, so steht uns die actio comm. div. oder das int. uti poss. zu Gebote — natürlich um den Widerstand des Genossen zu brechen.

Demnach hat das interdictum uti possidetis eine positive und eine negative Function, eine positive, insofern es die Ausübung schützt, eine negative, insofern es die Störung abwehrt.

9) L. 12 cit. Si aedes communes sint aut paries communis et eum reficere vel demolire vel in eum immittere quid opus sit, communi dividundo judicio erit agendum aut interdicto uti possidetis experimur.

Ferner ist nicht zu vergessen, daß wo sich der Mitbesitz in Folge gegenseitigen Gewährenlassens oder ausdrücklicher Genehmigung in einer gewissen Weise reguliert hat, für den Fortbestand des bisherigen Verhältnisses die Formel des Interdicts eintritt: Uti eas aedes quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis vim fieri veto. So wie ihr das Haus fehlerfrei jetzt besitzet, in der Weise sollt ihr es fortbesitzen, und keiner soll den Andern daran hindern dürfen.

Danach kann jedenfalls der bisherige Zustand, die bisherige Art der Benützung nicht plötzlich mit dem Interdict abgeschnitten werden, sondern kann sich vielmehr mit Hilfe des Interdicts auch weiter hin erhalten.

Im übrigen hängt es von der Natur der Sache ab, ob eine Handlung als nothwendig zu bezeichnen ist für die Aneignung des Nutzens, und ob sie den Antheil des Andern nicht schmälert, resp. sein Interesse, soweit er die Beobachtung desselben kraft seines Mitbesitzes beanspruchen kann, nicht verletzt. Detailbestimmungen lassen sich darüber nicht geben. Es wird Sache des Richters sein beim einzelnen Fall im Sinne einer billigen Ausgleichung der Interessen zu entscheiden, was Ausübung sei und was Verletzung.

Die Entscheidung des Richters kann aber veranlaßt werden nicht nur nach vollendeter Handlung, sondern auch vor Beginn derselben. Dies scheint z. B. in der oben S. 37 citierten l. 12 D. 10. 3 vorausgesetzt zu werden, und ich muß mich hier den Ansichten von Hesse S. 137 u. 138 und Jhering, Jahrb. IX S. 36 vollständig anschließen. Nur darin kann ich Hesse nicht folgen, wenn er meint, der Richter müsse vor Beginn der Handlung seinen Entscheid gefällt haben. Schon auf S. 14 ist ausgeführt worden, daß es keinen Unterschied machen kann, ob die Streitfrage vor oder nach Beginn der Handlung vor den Richter gelangt. Die Beweisfrage kann hier keinen Einfluß ausüben, da ja stets der Handelnde wird nachzuweisen haben, daß die Handlung keine Störung enthielt, ob er nun oder der Andere mit dem Interdict vorgehe. Wer also seiner Sache sicher ist, kann ruhig sein Vorha-

ben ausführen, ohne dem Andern davon Anzeige zu machen; wer vorsichtig ist, wird sich zuerst einen günstigen Entscheid des Richters zu verschaffen suchen.

Ich habe oben bemerkt, daß die Frage, wann Ausübung, wann Störung vorhanden sei, nach der Natur der Sache müsse beurtheilt werden; und daß daher Detailbestimmungen sich darüber nicht geben lassen. Einige Anhaltspunkte aber können doch aufgestellt werden.

Dabei kommt mir der Ihering'sche Satz von der extensiven Congruenz des Eigenthums und des Besitzes zu Statten: Wo Eigenthum, da auch Besitz. Ich möchte denselben auch dahin verstehen, daß die thatsächliche Macht des Besitzers so weit geht, als die rechtliche des Eigenthümers, d. h.: Alle Handlungen an der Sache, zu welchen der Eigenthümer als solcher befugt ist, sind Besitzhandlungen. Wenn der Besitz die factische Macht ist, die dem Rechte entspricht, so muß auch Alles, was zur Verwirklichung des Rechts gehört, in dieser Macht enthalten sein (natürlich nur sofern es sich um Verwirklichung des Eigenthums an der Sache, nicht im Rechtsverkehr handelt). Wenn also vom Eigenthümer gesagt ist, daß er etwas thun dürfe, so kann in der betreffenden Handlung keine Besitzstörung eines Andern liegen; denn es ist damit einfach ausgesprochen, daß die factische Macht d. h. der Besitz ihm von Rechtswegen soweit zukomme. Auf den Mitbesitz angewendet heißt das: Wo dem Miteigenthümer die einseitige Vornahme einer Handlung gestattet ist, da kann diese Handlung eine Besitzstörung nicht enthalten, sondern muß als berechtigte Besitzübung gelten. Demnach kann eine Stelle, welche dem Miteigenthümer das Recht zu einer selbständigen Handlnng zuspricht, auch für den Mitbesitz verwerthet werden. Es wird dies im Folgenden mehrfach geschehen.

Unter jenen Handlungen, die für die Nutzung der gemeinschaftlichen Sache nothwendig sind, giebt es solche, welche weder von Einfluß auf die Substanz noch auf die Brauchbarkeit der Sache sind, und welche daher auch das Interesse der Andern in keiner Weise angreifen, so z. B. ein Gang über das gemeinschaftliche Grundstück, ein Bad im gemeinschaftlichen

Badehaus, das Schöpfen aus dem gemeinschaftlichen Brunnen, natürlich soweit dieser Gebrauch kein unmäßiger ist. Solche Handlungen enthalten keine Störung des Mitbesitzes, denn sie hemmen den Gebrauch der Sache von Seiten der Andern durchaus nicht. Es liegt hier ganz dasselbe Verhältniß vor wie in l. 5 §. 15 D. commod. vel contra 13, 6: Usum autem balinei vel porticus vel campi uniuscujusque in solidum esse (neque enim minus me uti, quod et alius uteretur).

Ferner da, wo die Natur der Sache jedem der Mitbesitzer ein bestimmtes Feld der Benutzung zuweist, ergiebt sich die Befugniß des Mitbesitzers von selbst. So in dem Fall, wo zwei Nachbarn eine gemeinschaftliche Trennungsmauer besitzen. So lange jeder nur die ihm zugekehrte Seite der Mauer benützt, ist ein Grund zu Streit nicht vorhanden, sobald er aber auf die Seite des Nachbarn hinübergreift oder die Mauer beschädigt, so kann dieser mit dem int. uti poss. gegen ihn auftreten.

L. 3 §. 9 D. uti poss. 43. 17. Ulp.

Si vicinus meus in parte in pariete meo tectoria habeat et in parte sua, uti possidetis mihi efficax est, ut ea tollere compellatur.

Die Stelle ist corrupt und wird auf verschiedene Weise hergestellt, entweder: in parte mea — et in parte sua, unter Weglassung des in pariete meo, oder: in pariete meo — et in pariete suo unter Weglassung des in parte; das tollere ea wird dann nur auf die tectoria in parte mea (pariete meo) bezogen.

Die gewöhnliche Erklärung, der sich auch Büff und Hesse anschließen, ist nun die, daß wenn der Nachbar nicht nur seine, sondern auch meine Wand an der gemeinschaftlichen Mauer mit Tünche bekleidet hat, ich ihn durch das int. uti poss. nöthigen kann, sie wegzunehmen. Argumento a contrario wird daraus geschlossen, daß wenn er dies nur mit seiner Wand thut, ich ihn daran nicht hindern darf. Hesse bemerkt S. 124 n. 22: „Der Nachbar hat seinen selbständigen Gebrauch der Wand über die durch die Bestimmung der Sache gezogene Grenze hinaus ausgedehnt und stört meinen selbständigen Ge-

brauch, also meinen Mitbesitz der Sache; daher steht mir das int. uti poss. zu."

Ich kann mich mit dieser Auslegung einverstanden erklären, und die Stelle dient dann als Beweis für das Oben bemerkte. Doch ist nach der Lesart der Mommsen'schen Ausgabe noch eine andre Erklärung möglich, die nicht mit Stillschweigen darf übergangen werden, nämlich:

„Wenn mein Nachbar an meiner Wand, sei es auf meiner oder auf seiner Seite, Tünche angebracht hat, kann ich ihn mit dem Interdict zur Wegnahme derselben nöthigen."

Demnach wäre nur zum ersten in parte das Wort mea zu ergänzen, was durch den Gegensatz von in parte sua genügend begründet ist. Das tollere ea würde, wie es der Satzstellung nach am natürlichsten ist, auf tectoria sowohl in parte mea als in parte sua bezogen.

Es ist also gar nicht von einer gemeinschaftlichen Wand die Rede, sondern von einer Wand, die in meinem Eigenthum steht. Wenn aber der Jurist nöthig findet, besonders zu betonen, daß das Antünchen in unserm Fall dem Nachbar nicht gestattet ist, selbst wenn er es nur auf seiner Seite thut, so kann dies seinen Grund nur darin haben, daß der Jurist den Gegensatz gegen den regelmäßigen Fall, wo die Mauer gemeinschaftlich ist, und jeder seine Seite selbständig benützen darf, hervorheben will. Andernfalls enthielte die Stelle eine Trivialität.

Demnach bietet auch nach dieser Deutung die lex cit. einen Beweis dafür, daß der Mitbesitzer seine Mauerseite selbständig benützen darf. Es ist dies aber auch noch durch andere Stellen erwiesen, obwohl diese zunächst den Miteigenthümer im Auge haben.

L. 13 §. 1 D. de serv. praed. urb. 8. 2. Proculus.

Parietem communem incrustare licet secundum Capitonis sententiam, sicut licet mihi pretiosissimas picturas habere in pariete communi: ceterum si demolitus sit vicinus et ex stipulatu actio damni infecti agatur, non pluris quam vulgaria tectoria aestimari debent: quod observari et in incrustatione oportet.

Die Stelle ist in ihrem zweiten Theil auch darum interessant, weil sie zeigt, daß für das Maß, nach welchem die Verletzung in Anschlag gebracht wird, nicht das persönliche Interesse allein maßgebend ist, sondern daß es durch das Interesse der Andern balanciert wird. Das princ. der Stelle [10]) zeigt auch, daß das Benützen der eignen Mauerseite seine Grenzen hat. Wenn die Mauer dadurch Schaden litte, sei es auch nur, daß sie zu feucht oder zu trocken würde, so ist die Anlage nicht gestattet.

Andere gestattete Benützungsarten der Mauer giebt l. 19 §§. 1 und 2 eod. an:

Juxta communem parietem cameram ex figlino opere factam, si ita retineatur, ut etiam sublato pariete maneat, si modo non impediat refectionem communis parietis, jure haberi licet. Scalas posse me ad parietem communem habere Sabinus recte scribit, quia removeri hae possunt.

Bei manchen Sachen mag der bestimmungsgemäße Gebrauch der Sache sich in solchen Handlungen erschöpfen, wie sie bis jetzt beschrieben wurden; so bei einem gemeinschaftlichen Brunnen oder Badehaus oder Wege. Hier werden also vorzugsweise nur vorübergehende Einwirkungen auf die Sache dem Mitbesitzer gestattet sein.

Es kann aber die natürliche Nutzung der Sache auch solche Handlungen erfordern, die eine dauernde Einwirkung auf die Sache mit sich führen. So z. B. hat eine Scheidemauer nicht nur den Zweck zwei Häuser zu trennen, sondern auch die Balken derselben zu tragen, folglich muß eine immissio, soweit

10) L. 13 pr. D. 8. 2. Quidam Hiberus nomine, qui habet post horrea mea insulam, balnearia fecit secundum parietem communem, non licet autem tubulos habere admotos ad parietem communem, sicuti ne parietem quidem suum (super parietem communem: de tubulis eo amplius hoc juris est, quod per eos flamma torretur paries: qua de re volo cum Hibero loquaris, ne rem illicitam faciat. Proculus respondit: nec Hiberum pro ea re dubitare puto, quod rem non permissam faciat tubulos secundum communem parietem extruendo.

sie nothwendig ist), gestattet werden. L. 12 D. 10. 3.[11]) — Ein Grundstück muß bebaut, eine Mühle betrieben werden, und wenn einer das nicht will, so können die andern im Betrieb fortfahren, und wenn er Widerstand leistet, ihn mit dem Interdict belangen. Nur haben sie dafür zu sorgen, daß der seiner Besitzquote entsprechende Antheil am Ertrag nicht geschädigt werde. Der Widersprechende kann, wenn ihm das nicht beliebt, die Theilungsklage anstellen, sofern er zugleich Miteigenthümer ist. Ich kann mir nicht denken, daß ein willkürlicher Widerspruch eines Mitbesitzers sämmtliche Andere in der Benutzung des Grundstücks lahm legen kann. Gesetzt der Fall, der Tag der Ernte steht unmittelbar bevor, und nun kommt ein Mitbesitzer plötzlich und erklärt, man dürfe die Ernte nicht einheimsen; sollen da die Andern nach dem Satz neminem dominorum jure facere quicquam invito altero posse dazu verurtheilt sein, die Hände in den Schooß zu legen und dem Verderben ihrer Frucht zuzusehen, bis etwa ein allfälliger Theilungsproceß, den sie beginnen, vom Richter entschieden ist? Ist das nicht eine viel flagrantere Störung, als die es sein könnte, welche etwa seine Genossen dadurch gegen ihn ausüben, daß sie seinen Antheil ohne Schaden für ihn mit bebauen, und wäre das nicht absurd, wenn das Recht eine so flagrante und grundlose Störung begünstigen würde?

Hesse hat das gefühlt und will deßhalb den grundlosen Einspruch als Störung behandelt wissen, S. 125 und S. 130, so daß der Gestörte gegen den Widersprecher das int. uti poss. erheben und so die Differenz zur gerichtlichen Entscheidung bringen könnte. Ich füge hinzu, daß er auch einfach die Handlung vornehmen darf auf die Gefahr hin, daß der Andere seinerseits wegen Störung klagt. In letzterm Fall würde er ihm ent-

11) Daß dem Miteigenthümer einer gemeinschaftlichen Mauer unter allen Umständen (Windscheid §. 169 n. 4, 3 S. 476) gestattet sei, aliquid in eum immittere, kann ich durch l. 12 cit. nicht bestätigt finden. Vielmehr wird diese Befugniß ihm nur gegeben, si in eum (sc. parietem communem) immittere quid opus sit; also nur wenn die immissio nothwendig ist, d. h. unentbehrlich für die Stütze des Hauses, darf sie verlangt werden.

gegenhalten, daß eben der Einspruch ein völlig grundloser sei resp. in der vorgenommenen Handlung eine Störung nicht liege.

Darüber, wann ein Einspruch grundlos sei, spricht sich Hesse nicht aus. Ich zweifle nicht daran, daß er mit mir wenigstens darin übereinstimmt, wenn ich sage: er ist dann grundlos, wenn durch die Handlung ein nachweisbares Interesse nicht verletzt wird. Dann liegt die Sache ganz analog wie beim int. quod vi aut clam in den Fällen von l. 7 §. 7 D. 43, 24 und l. 18 D. eod.

L. 7 cit. Plane si quid agri colendi causa factum sit, interdictum quod vi aut clam locum non habet, si melior causa facta sit agri, quamvis prohibitus quis vi vel clam fecerit.

L. 18 cit. Si immaturam silvam caeduam cecidit quis, interdicto quod vi aut clam tenetur. Si maturam similiter caeduam, neque damno dominus adfectus est, nihil praestabit.

Aber nicht jedes Interesse schlechthin darf Berücksichtigung verlangen, sondern analog, wie in l. 13 §. 1 D. 8. 2 (s. oben S. 42), nur dasjenige, dessen Berücksichtigung man kraft seines Besitzanspruches billig verlangen kann.

Unter Umständen kann die Befugniß zum selbständigen Handeln vorschreiten bis zur Herstellung oder zur Beseitigung eines opus.

L. 26 D. de serv. P. urb. 8. 2. (Vgl. l. 28 D. 10. 3).

Sed per communi dividundo actionem consequitur socius, quominus opus fiat, aut ut id opus quod fecit tollat, si modo toti societati prodest opus tolli.

Danach kann der Miteigenthümer die Herstellung eines opus durch actio comm. div. erzwingen. Der Richter wird diesen Zwang nur gestatten, wenn er findet, daß der Miteigenthümer zur Herstellung befugt sei selbst gegen den Willen seines Genossen. Wenn aber der Miteigenthümer zu einer Handlung befugt ist, so kann diese eine Besitzstörung nicht enthalten.

Auf den Mitbesitz angewandt heißt daher unsre lex:

Wenn die Erstellung eines opus nothwendig ist, kann der Mitbesitzer den Widerspruch seines Genossen mit Hilfe des int. uti poss. beseitigen. Unterläßt er das, so kann er gegenüber dem int. uti poss. desselben den Gegenbeweis liefern, daß die Handlung nothwendig war und ein Schade für den Andern daraus nicht erwächst, daß also eine Störung nicht darin liegt. Natürlich zum Mittragen der Lasten kann letzterer durch das Interdict nicht genöthigt werden.

Dieser lex 26 cit. gegenüber ist anzunehmen, daß l. 28 D. 10. 3, welche das Princip ausspricht: in re communi neminem dominorum jure facere quicquam invito altero posse, eben nur den Normalfall im Auge hat, wo das opus nicht nothwendig ist.

Endlich kann selbst ein fundamentaler Eingriff, wie die demolitio oder refectio einer Mauer oder eines Hauses, gestattet sein, wenn sie nothwendig ist. Für den Miteigenthümer beweisen dies:

L. 39 i. m. D. de damno infecto 39, 2. Gaius.

Movet me, quod ipse meas aedes reficere possim et impensas pro socio aut communi dividundo judicio pro parte consequi. Nam et si unas aedes communes tecum habui eaeque vitium faciant, et circa refectionem earum cessare videaris, nostri praeceptores negant cavere te debere, quia ipse reficere possim recepturus pro parte, quod impenderim, judicio societatis aut comm. dividundo.

L. 35—37 D. eod.

In parietis communis demolitione ea quaeri oportet, satis aptus fuerit oneribus ferendis an non fuerit aptus. Sed ita idoneum esse plerique dixerunt, ut utrarumque aedium onera, quae modo jure imponantur, communis paries sustinere possit. Nam si non fuit, utique demolire eum oportuit nec debet, si quid damni ex hac causa attigit, is qui demolitus est teneri, nisi sumptuose aut parum bonus novus paries sit restitutus.

L. 52 §. 10 D. pro socio 17. 2.

Socius qui cessantis cessantiumque portiones insulae restituerit, quamvis aut sortem cum certis

usuris intra quattuor menses, postquam opus refectum erit, recipere potest exigendoque privilegio utetur aut deinceps propriam rem habebit, potest tamen pro socio agere ad hoc, ut consequatur quod sua intererat.

Für den Mitbesitz ist entscheidend:

L. 12 D. comm. div. 10. 3.

Si aedes communes sint aut paries communis et eum reficere vel demolire vel in eum immittere quid opus sit, communi dividundo judicio erit agendum, aut interdicto uti possidetis experimur.

Diese Stelle erklärt Hesse ganz richtig S. 128 so: Wenn eine gemeinschaftliche Mauer oder ein dergl. Gebäude eine Reparatur oder Niederlegung oder Wiederherstellung bedarf, oder in eine gemeinschaftliche Mauer ein Balken oder sonst etwas eingeschoben werden soll, so wird (in Mangel von Uebereinstimmung der Betheiligten) die actio com. div. anzustellen sein, und wenn Widerspruch vorliegt, klagt man mit dem interd. uti possidetis.

Es ist bereits mehrfach bemerkt worden, daß kein Grund vorliegt, die Befugniß zu den betreffenden Handlungen auf die Fälle zu beschränken, wo ein Entscheid des Richters vorausgieng, vielmehr sind sie auch ohnedies statthaft, nur daß dann der Handelnde Gefahr läuft, wenn er die Nothwendigkeit der Handlung nicht nachweisen kann gegenüber dem int. uti poss. der Andern, Schadenersatz leisten zu müssen.

Witte (Das int. uti poss. S. 108) erklärt die Stelle folgendermaßen:

„Stellt sich eine Neugestaltung einer gemeinsamen Sache als nothwendig heraus, und es ist eine freiwillige Einigung der Interessenten nicht zu erzielen, so muß durch die actio comm. dividundo die Gemeinschaft aufgehoben werden; denn sonst verhindert der Socius das einseitige Vorgehen durch das int. uti poss."

Wer die Stelle so erklärt, der muß den Ulpian einer großen Unklarheit zeihen. Daß er gerade an einer Stelle, wo es sehr nahe liegt, das Wörtchen „aut" in seinem gewöhnlichen

Sinne von „vel“ zu verstehen, es in dem ganz ungewöhnlichen Sinne von „alias“ braucht, wäre eine große Nachlässigkeit des Ausdrucks.

Ferner ist es doch höchst unwahrscheinlich, daß die actio com. div. hier gerade auf Theilung zu richten sei. Bei einer Scheidemauer wird eine solche regelmäßig auf große Schwierigkeiten stoßen. Sie wird nicht anders möglich sein, als entweder so, daß man die Mauer niederreißt und zwei neue baut, oder daß die Mauer einem von beiden zugesprochen wird. Beides ist in vielen Fällen gleich unthunlich und unpraktisch. Und nun soll z. B. blos um einen Balken in die Scheidemauer zu legen, die doch ihrer Bestimmung nach (vergl. l. 36 D. 39, 2 s. oben S. 45), für die Stütze solcher Balken dient, um einer Laune des Nachbars willen eine Theilung eintreten können, die sehr gegen das Interesse beider Nachbarn sein kann? Das ist doch kaum denkbar.

Die actio comm. div. kann aber auch auf richterlichen Entscheid über die Vornahme der Handlung gerichtet sein, wie in lex 26 D. 8. 2: per communi dividundo actionem consequitur socius, quominus opus fiat.

Dann aber wäre nicht zu begreifen, warum das int. uti poss. nur statthaft sein soll, wenn man es unterlassen hat, vorher die actio com. div. zu ergreifen. Das int. uti poss. hat andere Bedingungen als die act. com. div. und ist von ihr durchaus unabhängig, und es ließe sich nicht einsehen, warum der Besitz beeinflußt werden sollte durch ein Urtheil über das Recht. Also würde man bei Witte's Erklärung, selbst wenn man die actio com. div. angestellt und einen günstigen Entscheid erlangt hat, vor dem int. uti poss. des Genossen nicht sicher sein.

Vielmehr gehen ganz unzweifelhaft in unserer Stelle act. com. div. und int. uti poss. einander parallel, und die Stelle basiert auf dem ganz natürlichen Grundsatz, daß eine Handlung, zu welcher der Miteigenthümer das Recht hat, keine Besitzstörung, sondern eine Besitzausübung enthält.

Wenn aber selbst so starke Eingriffe wie refectio und demolitio dem Mitbesitzer gestattet sind, selbständig vorzuneh-

men, weil sie nothwendig sind, um die Brauchbarkeit resp. den Nutzen der Sache zu erhalten, so wird es kein Bedenken haben, daß man solche Handlungen als zulässig betrachtet, die ebenso nothwendig sind, aber so starke Eingriffe nicht enthalten.

Recapitulation.

In seiner Eigenschaft als Praeparatorium zum Vindicationsproceß ist das int. uti poss. selten, häufiger als Schutzmittel gegen Störung. In letzterer Beziehung lassen sich über seine Anwendung folgende Grundsätze aufstellen:

Zunächst gilt eine Handlung, gegen welche der Theilhaber nicht Einsprache erhoben hat, obwohl er davon wußte, nicht als Störung.

Sonst ist das Interdict anwendbar nicht nur zur Abwehr gegen einseitige Handlungen der Mitbesitzer (negative Function), sondern auch zum Schutz der eigenen Handlungen, soweit sie nicht als Störung, sondern als Ausübungshandlungen erscheinen (positive Function). Unter letztere gehören alle diejenigen, welche sich innerhalb der bisherigen Benützungsweise halten.

Im übrigen hängt es von der Natur der Sache ab, ob eine Handlung nothwendig erscheint für die Aneignung des Nutzens, und ob sie die Antheile der Andern nicht schmälert, somit als gestattete Ausübung erscheint. Der Entscheid des Richters darüber kann schon vor Beginn der Handlung vermittelst des int. uti poss. erlangt werden, wobei dann der Widerspruch als Störung aufgefaßt wird.

Im Allgemeinen stehen unter dem Schutze des Interdicts folgende Handlungen:

1. Solche, welche das Interesse der Genossen nicht berühren, weil sie von keinem Einfluß sind auf die Substanz oder Brauchbarkeit der Sache, oder weil sie sich auf ein durch die Natur der Sache selbst dem Handelnden zugewiesenes Benutzungsfeld beschränken.

2. Solche, welche dazu dienen, dem Mitbesitzer den bestimmungsgemäßen Gebrauch der Sache zu sichern, soweit dadurch die Nutzantheile der Andern nicht geschmälert werden. Dahin

kann auch die Errichtung eines opus, ja selbst die völlige Neugestaltung desselben gehören.

IV.

Die Anwendung der Interdicte beim Quasimitbesitz.

Zunächst was die persönlichen Servituten anbetrifft, so bieten sie für unsere Frage nichts Besonderes dar. Das Innehaben Mehrer an derselben Sache ist bei usus, ususfructus und habitatio ganz dasselbe wie bei Mitbesitz und muß auch ganz in derselben Weise thatsächlich zur Verwirklichung kommen. Die Anwendung der Interdicte unterscheidet sich daher in Nichts von der Anwendung beim Mitbesitz. Die Statthaftigkeit des int. uti poss. unter Usufructuaren, und zwischen einem Usuar und einem Fructuar ist ausdrücklich bezeugt durch:

L. 4 D. uti poss. 43. 17.

In summa puto dicendum, et inter usufructuarios hoc interdictum reddendum: et si alter usumfructum, alter possessionem sibi defendat. Idem erat probandum et si ususfructus quis sibi defendat possessionem. Et ita Pomponius scribit. Perinde et si alter usum, alter fructum sibi tueatur, et his interdictum erit dandum.

In Bezug auf den Quasibesitz bei Real-Servituten ist zu unterscheiden:

1) Bei negativen Servituten läßt sich eine Störung von Seiten eines Mitbesitzers gar nicht denken. Wenn ein Mitbesitzer des herrschenden Grundstücks auf dem dienenden Grundstück etwas vornimmt, was der Servitut zuwiderläuft, so erscheint er in Bezug auf die Störung als extraneus. Die Einwirkung geschieht hier auf eine fremde Sache und der Störende handelt daher nicht als Mitbesitzer.

Ebensowenig läßt sich reden vom Mitbesitz einer negativen Servitut in der Weise, daß dieselbe zu Gunsten mehrerer verschiedener Grundstücke besteht. Jeder Eigenthümer hat hier seinen besondern Anspruch auf das non facere, und wenn trotz-

dem Jemand, etwas facit, so sind die mehreren Besitzer, nicht ein Mitbesitz Mehrerer gestört. Jeder hat hier das int. uti poss. als Alleinbesitzer seines Grundstücks.

2. Bei denjenigen positiven Servituten, welche mit dem Besitz eines Grundstücks in unmittelbarer Verbindung stehen, ist eine Störung des Besitzes des Servitut gleichfalls stets auch eine Störung des Besitzes der Hauptsache. Dies muß selbst dann gelten, wenn etwa die Eigenthümer zweier Grundstücke an einem dritten dieselbe Servitut haben, z. B. das jus protecta habendi über den Luftraum eines Dritten. Es ließe sich ja denken, daß durch allzuvieles Vorschieben des Daches von Seiten des einen Servitutinhabers der andere widerrechtlich belästigt würde. Dies wäre eine einfache Störung des Besitzes der Hauptsache und zwar des Alleinbesitzes. Es läge hier also ein Fall der gewöhnlichen Anwendung des int. uti poss. vor. Von einem eigentlichen Mitbesitz der Servitut, der nicht zugleich Mitbesitzgder Hauptsache wäre, kann gar nicht die Rede sein.

3. Anders verhält es sich mit denjenigen positiven Servituten, deren Ausübung in selbständigen, sich wiederholenden Handlungen des Besitzers der Hauptsache resp. seiner Stellvertreter besteht. Eben weil es besondrer Handlungen bedarf, um den Quasibesitz auszuüben, Handlungen, welche mit denjenigen, die zur Ausübung des Besitzes dienen, in keinem oder wenigstens nicht in directem Zusammenhang stehen, darum ist hier auch ein Quasimitbesitz möglich, ohne daß Mitbesitz an der herrschenden Sache besteht. So können z. B. mehrere Grundbesitzer eine gemeinsame Wegeservitut oder eine gemeinsame Wasserleitungsservitut über das Grundstück eines Dritten haben. (Vgl. l. 4 in med. D. de aqua 43. 20. Iter actus via pluribus cedi vel simul vel separatim potest.) Im Falle von gegenseitiger Störung würde dann das betreffende Specialinterdict zur Anwendung kommen müssen, und zwar wohl regelmäßig als duplex, da beide Parteien doch meist ihre Handlungsweise auf den Besitz gründen. Für die Wasserservitut ist dies in den Quellen ausdrücklich bezeugt.

L. 1 §. 26. D. de aqua 43. 20. Ulp.

Si inter rivales, id est qui per eundem rivum aquam

ducunt, sit contentio de aquae usu, utroque suum usum esse contendente, duplex interdictum utrique competit.

Dem entspricht wie dem int. uti poss. bei Mitbesitz, die actio com. div. zur Auseinandersetzung des Rechtes l. 4 D. de aqua 43. 20. Julianus.

Sicut iter actus via pluribus cedi vel simul vel separatim potest, ita aquae ducendae jus recte cedetur. Sed si inter eos, quibus aqua cessa est, non convenit, quemadmodum utantur, non erit iniquum utile judicium reddi, sicut inter eos, ad quos ususfructus pertinet, utile communi dividundo judicium reddi plerisque placuit.

Endlich bei Superficies tritt einfach an die Stelle des int. uti poss. das int. de superficiebus, von dem es in l. 1 §. 3 D. de superf. 43. 18 heißt: Omnia quoque quae in uti poss. interdicto servantur, hic quoque servabuntur. Im übrigen ist das Verhältniß ganz dasselbe wie beim usus fructus.

Recapitulation.

Bei den Personal-Servituten gestaltet sich die Anwendung der Interdicte ganz in derselben Weise, wie bei Mitbesitz. Bei den Real-Servituten ist zu unterscheiden:

1. Bei den negativen Servituten ist ein Besitzconflict unter Quasimitbesitzern als solchen undenkbar, und daher auch ein Schutz derselben einander gegenüber weder nöthig, noch möglich.

2. Bei denjenigen positiven Servituten, welche mit der Ausübung des Besitzes an der herrschenden Sache untrennbar verbunden sind, fällt der Schutz des Quasimitbesitzes mit dem des Mitbesitzes zusammen.

3. Bei den servitutes discontinuae dienen zum Schutz des Quasimitbesitzes die betreffenden Specialinterdicte und zwar nach Analogie von l. 1 §. 26 D. 43. 20 wohl regelmäßig als duplicia.

Bei der superficies tritt an die Stelle des int. uti poss. das int. de superficiebus.

V.

Ist certa pars für das Dasein des Mitbesitzes nothwendig, oder genügt incerta pars?

Diese Frage gehört eigentlich in den ersten Abschnitt, läßt sich aber besser gesondert behandeln, da sie mit dem Gang der übrigen Arbeit in keinem Zusammenhang steht.

Es gehören hieher folgende Stellen:

1) L. 26 D. de poss. 41. 2. Pomp.

Locus certus ex fundo et possideri et per longam possessionem capi potest et certa pars pro indiviso . . . Incerta autem pars nec tradi nec capi potest, velut si ita tibi tradam: quidquid mei juris in eo fundo est: nam qui ignorat, nec tradere nec accipere id, quod incertum est, potest.

2) L. 3 §. 2 D. eod. Paulus.

Incertam partem rei possidere nemo potest, veluti si hac mente sis, ut quidquid Titius possidet, tu quoque velis possidere.

3) L. 20 §. 1 D. de interr. 11. 1. Paulus.

In jure interrogatus, an fundum possideat, quaero an respondere cogendus sit et quota ex parte fundum possideat. Respondi: Javolenus scribit possessorem fundi cogi debere respondere, quota ex parte fundum possideat, ut si minore ex parte possidere se dicat, in aliam partem, quae non defenderetur, in possessionem actor mittetur.

4) L. 32 §. 2 D. de usurp. D. 41. 3. Pomp.

Incertam partem possidere nemo potest. Ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, neminem corum mera suptilitate possidere Labeo scribit.

Soviel ist durch diese Stellen unzweifelhaft bewiesen, daß ein Mitbesitzer allein gegen außen und gegen innen nur auftreten kann, wenn seine Quote bestimmt ist. Sie sprechen klar und deutlich aus, daß man eine unbestimmte Quote der Sache

gar nicht besitzen könne. Es würde sonst die Bestimmtheit des Objects fehlen, die für die factische wie die rechtliche Herrschaft gleich unerläßlich ist.

Es mögen nun allerdings Verhältnisse vorkommen, wo den Inhabern eines ungetheilten Gegenstandes der genaue Umfang ihrer Theile noch unbekannt ist. Doch kann ein solcher Zustand nur vorübergehend sein. Denn wenn auch der unmittelbare Gebrauch der Sache sich ohne Bestimmtheit der Theile denken läßt, so ist jedenfalls für die Theilung des Ertrags dieselbe unbedingt nothwendig. Sobald ferner ein Theilhaber gerichtlich gegen außen oder gegen innen auftreten soll, so muß der Theil bestimmt sein, sonst fehlt die sichere Grundlage für die richterliche Entscheidung. Nach Stelle 3 ist auch jeder Theilbesitzer gehalten gegenüber einer in jure gestellten Anfrage Auskunft zu geben über die Größe seiner Quote.

Sehr bestritten ist nun aber die Frage, wie die vierte Stelle zu verstehen sei. Sie zieht aus dem Princip: Incertam partem nemo possidere potest, die Consequenz, daß Mehrere, die zusammen auf einem Grundstück sitzen und nicht wissen, zu welcher Quote jeder besitzt, mera suptilitate gar nicht besitzen.

Die Consequenz scheint unabweislich: Wenn keiner seinen unbestimmten Theil besitzen kann, so besitzt also Niemand. Diese Consequenz mag in seltenen Fällen eine Härte enthalten, z B. in dem von Savigny §. 22 n. 4. 7. Aufl, S. 262. 263 angeführten Fall. [12])

Wie verhält sich nun Labeo dazu; verwirft er die Folgerung als leere Spitzfindigkeit, oder billigt er sie als das strenge Recht? Savigny am citierten Orte S. 262. Puchta, Vorlesungen I. Bd. S. 441 Beilage XII. Windscheid, Pandektenrecht I. §. 152 n. 12 glauben jenes, Rudorff n. 79 zu Savigny Besitz 7. Aufl. und Randa S. 168 dieses.

12) Gajus, der Besitzer eines Grundstücks, stirbt. Sejus und Titius wissen, daß sie die einzigen Erben sind, aber nicht, zu welchem Theile ein Jeder eingesetzt ist, da sie das Testament noch nicht gesehen haben. In dieser Ungewißheit ergreifen sie den Besitz.

Der Ausdruck mera suptilitas, um dessen Bedeutung man sich hier streitet, kommt meines Wissens in den Pandekten nur noch einmal vor, in einer Stelle von Ulpian l. 3 §. 1 D. de adim. vel transf. leg. 34. 4.

Si quis Titio legaverit sic: „Titio dato aut si Titius ante decesserit quam accipiat, Sempronio dato", secundum meram suptilitatem utrique obligatum videri heredem, id est et Sempronio, et heredi Titii. Sed si quidem mora Titio ab herede facta est, ad heredes ejus legati exactio transmittitur Sempronio repellendo: sin autem nulla mora intercesserit, tunc Sempronius legatum accipit, et non Titii heredes. Sed si ante diem legati cedentem decesserit Titius, soli Sempronio debetur legatum.

Hier bedeutet also mera suptilitas die strenge Rechtsconsequenz, von der aus Gründen der Billigkeit abgewichen wird. In ähnlicher Weise findet sich noch subtili ratione in l. 4 D. de serv. P. R. 8. 3 (Celsus) u. l. 51 §. 2 in f. D. de L. Aqu. 9. 2 (Julianus), — ad juris suptilitatem in l. 25 D. 39. 5 (Javolenus) — suptilitate juris in l. 36 D. 45. 1 (Ulp.) — suptilitas juris in l. 17 D. 28. 3 (Papin.) — suptilitas verborum in l. 20 D. 12. 1 — ad suptilitatem legis et auctoritatem in l. 16. §. 6 D. 20. 1 (Marcianus).

Alle diese Ausdrücke bezeichnen die scharfe Consequenz aus den gegebenen Rechtsprincipien. An zwei Stellen l. 12 D. 28. 3 (Ulp.) und l. 4 §. 2 D. 40. 4 (Pomp.) wird sie selbst als nimia bezeichnet. Diese scharfe Consequenz wird in allen genannten Fällen zurückgewiesen, weil sie in Widerspruch steht mit den Forderungen der Billigkeit. Daß dies aber geschehe, wird überall ausdrücklich bemerkt, sogar in den beiden letzten Stellen, wo jene von vornherein als zu weitgehend bezeichnet ist. In unserer Stelle findet sich nicht die leiseste Andeutung, daß die Billigkeit ein Abgehen von der mera suptilitas, der strikten Consequenz verlange. Darf man nun einfach von jenen Stellen auf diese argumentieren? Darf man, weil in einigen Fällen die strenge Rechtsconsequenz der Billigkeit weicht, ohne weiteres auch für andere Fälle annehmen, daß sie sich in Wi-

derspruch befinde mit der Billigkeit und durch diese sich müsse verdrängen lassen?

Jedenfalls verlohnt es sich der Mühe zu prüfen, wie sich denn ein solches Auftreten der Mitbesitzer einer Sache zu incertis partibus im Proceß durchführen ließe.

Wenn Jemand ihnen gegenüber als Vindicant auftritt, so ist es nicht eine Klage, die er anstellt, sondern es sind so viel Klagen als Besitzer oder Detentoren den Gegenstand innehaben, sofern er es nicht vorzieht gegen einen allein auf dessen Antheil zu klagen. Gegen Jeden darf er in jure die Frage richten, quota ex parte possideat, und Jeder wird genöthigt werden können, darüber Auskunft zu geben, ut si minore ex parte possidere se dicat, in aliam partem, quae non defenderetur, in possessionem actor mittatur; für unsern Fall heißt das, damit, wenn es sich aus der Angabe der Quoten zeigt, daß etwa eine Quote noch unbesetzt ist, der Kläger in dieselbe eingewiesen werden kann. Ich füge bei, damit einem jeden der Beklagten, falls der Kläger siegt, das Maß der Restitutionspflicht bestimmt werden kann.

Gesetzt die verschiedenen Inhaber würden von einem extraneus dejiciert, so würde, wenn sie sich auch äußerlich zur Klagstellung vereinigten, doch Jeder seine besondere Interdictsklage einbringen müssen. Zur Specification der Klage gehört aber vor Allem die genaue Bezeichnung des beanspruchten Objects, also die Angabe der Größe des Antheils. Danach wird sich auch vorzugsweise die Ersatzsumme für den sonstigen Schaden bemessen, welche jeder der Dejicierten zu fordern hat. Die Condemnation vollends, die ja wiederum jedem einzelnen der Dejicierten gegenüber eine besondere ist, wäre eine Unmöglichkeit ohne genaue Bestimmtheit der Theile.

Im classischen Proceß geschah zudem noch die Bestimmung der Sponsions- und Restipulationssumme nach Verhältniß des Werthes des Streitobjectes. Wie zwischen jedem Kläger und Beklagten eine besondere Klage bestand, so mußte auch eine besondere sponsio und restipulatio stattfinden. Um dieselbe festzusetzen, mußte auch hier der Richter die genaue Höhe der Quote eines Jeden kennen.

Dasselbe gilt natürlich auch für die übrigen Interdicte.

Endlich wenn etwa einer der Inhaber selbst die übrigen vertrieb und sich in den alleinigen Besitz setzte, so ist eine Klage der Andern ohne Angabe der Quote vollends undenkbar.

So lange man über den Satz nicht hinwegkommt, daß wo verschiedene Personen aus demselben Rechtsgrund einem Andern gegenüber berechtigt oder verpflichtet sind, eben trotz dieses einen Rechtsgrundes soviel Klagen bestehen als Kläger oder Beklagte, so lange wird man mit einem Mitbesitz zu incertis partibus weder gegen Außen noch gegen Innen auskommen. Ueberall, wo der Mitbesitz, sei es Mehrerer, sei es eines Einzelnen, Grundlage richterlicher Entscheidung werden soll, muß er bestimmt sein.

Demnach kann ich das mera suptilitate nicht in verwerfendem Sinne verstehen.

Es giebt nun freilich Fälle, in welchen die Vindicatio einer incerta pars ausnahmsweise gestattet wird: Gajus 4, 54. l. 5 pr. l. 76 §. 1 D. d. R. V. 6. 1. l. 8 §. 1 D. com. div. 10, 3; l. 1 §. 5 D. si pars 5, 4. Da die Vindication hauptsächlich auf Herausgabe des Besitzes gerichtet, und das Urtheil auf Restitution desselben, also auf Tradition abzustellen ist, so muß hier ein rechtlich gestatteter Besitz einer incerta pars entstehen. Und auf einen solchen wird auch im Besitzstreit der Richter irgendwie Rücksicht zu nehmen haben. Natürlich muß dies auch in solchen Fällen geschehen, die diesen analog sind, wo es aber zur Erlangung des Besitzes des Processes nicht bedurfte.

Hier liegt aber dann eine Ausnahme von dem allgemeinen und von Niemandem als leere Spitzfindigkeit angefochtenen Princip vor: Incertam partem nemo possidere potest. Selbstverständlich ist dieser Ausnahme auch die Consequenz aus jenem Princip, nämlich die Unmöglichkeit eines Mitbesitzes Mehrerer zu incertis partibus unterworfen. Da zu den betreffenden Ausnahmen gerade die Fälle gehören, wo jene Consequenz zu einer unbilligen Härte führen würde, so kann auch darin kein Grund liegen, den als mera suptilitas bezeichneten Satz zu verwerfen.

Uebrigens sind diese Ausnahmen selten und nach Gajus nur in paucissimis causis zugelassen; auch handelt es sich hier um Zustände durchaus vorübergehender Natur.

Ich komme zum Schlusse:

Besitz Mehrerer zu incertis partibus läßt sich rechtlich nicht durchführen. Der Ausdruck mera suptilitate in l. 32 §. 2 D. 41. 3 ist in billigendem Sinne gemeint. Wer in solch angeblichem Besitz gestört wird, erhält keinen Besitzesschutz. Nur da wird eine Ausnahme gestattet, wo auch der Besitz einer einzelnen incerta pars anerkannt wird.